

THÈSE DE
PARIS.
1883
N^o. 7.

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

EN DROIT ROMAIN

DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

DE LA FEMME MARIÉE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le vendredi 25 mai 1883, à midi

PAR

Alfred BERGAUD

Licencié ès-lettres

Avocat à la Cour d'appel de Paris

Président : M. COLMET DE SANTERRE, *professeur.*

Suffragants :	{	MM. GÉRARDIN,	{	<i>professeurs.</i>	
		LÉVEILLÉ,			
		LAINÉ,		{	<i>agrégés.</i>
		RIPERT.			

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1883



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

EN DROIT ROMAIN

DE LA

SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

DE LA FEMME MARIÉE

EN DROIT FRANÇAIS

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN
EN DROIT ROMAIN

DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE
DE LA FEMME MARIÉE
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTÈNUE

Le vendredi 25 mai 1883 à midi

PAR

Alfred BERGAUD

Licencié ès-lettres

Avocat à la Cour d'appel de Paris

Président : M. COLMET DE SANTERRE, professeur.

<i>Suffragants :</i>	{	MM. GÉRARDIN,	{	<i>professeurs.</i>	
		LÉVEILLÉ,			
		LAINÉ,		{	<i>agrégés.</i>
		RIPERT.			

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.



PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1883

DROIT ROMAIN

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

(Digeste, liv. XVI, I. Code, liv. IV, 29)

INTRODUCTION HISTORIQUE

Afin de déterminer la véritable portée du sénatus-consulte Velléien, il importe de rappeler brièvement quelle était la condition juridique de la femme qu'il est venu modifier. Nous pourrions ainsi mieux apprécier son influence et son étendue.

A l'origine, la femme était toujours dans un état de dépendance : quels que fussent son âge ou sa condition, elle n'avait ni la liberté de sa personne ni celle de ses biens.

Était-elle *sui juris* ? Elle était naturellement soumise aux règles de la tutelle ordinaire durant son impuberté. Mais tandis que l'homme pubère recevait de la loi capacité de gérer ses propres affaires, la femme parvenue à l'âge de la puberté n'échappait à la tutelle ordinaire que pour

tomber sous une autre tutelle, celle-ci perpétuelle (1). Les Romains des premiers siècles avaient voulu que la femme, à cause de la faiblesse de son sexe, ou plutôt par suite de la constitution politique de la famille et dans son intérêt, demeurât sous une surveillance constante. Cette surveillance, ce sont ses agnats, c'est-à-dire ses héritiers présomptifs qui l'exercent. Pour eux, la tutelle n'est pas une charge, c'est un droit. Le tuteur pouvait aussi être soit testamentaire, nommé par le *paterfamilias*, le mari ou père du mari si la femme était *in manu*, soit datif, nommé par le magistrat. L'autorité de ces tuteurs n'est pas illimitée; elle ne s'étend pas à la personne de la femme, mais elle comprend tous les pouvoirs nécessaires à la sauvegarde du patrimoine de la personne placée sous leur protection. Celle-ci ne peut s'obliger sans leur autorisation; sans leur autorisation, elle ne peut aliéner ses *res Mancipi* ou faire un acte solennel qui engage sa fortune.

La femme était *alieni juris* lorsqu'elle se trouvait sous la puissance de son père ou de son mari.

Soumise à la puissance paternelle, elle était sous l'empire d'un despotisme absolu. Le père avait droit de vie et de mort sur elle. Seul, il avait un patrimoine : tout ce que ses enfants acquièrent lui appartient.

1. Les femmes furent toujours réputées pubères à douze ans. Quant aux hommes, la législation varia. D'après une constitution de Servius Tullius, ils ne devenaient pubères qu'à dix-sept ans. Sous l'Empire, les opinions des jurisconsultes étaient partagées (Ulpien XI, § 28). Dans le dernier état du droit, Justinien fixa leur puberté à l'âge de quatorze ans.

Sous la puissance maritale, la femme y passait au moyen de la *conventio in manum*. La *manus* n'était pas une conséquence forcée du mariage, mais elle n'en était pas moins qu'une conséquence ordinaire. La femme devenait étrangère à sa famille originaire et elle entraînait dans la famille de son mari *loco filiae* (1). Le mari avait sur sa personne les droits du *paterfamilias*. Il avait aussi des droits non moins étendus sur ses biens. Tous ceux qu'elle possédait ou qui lui advenaient lui étaient acquis (Gaius, II, § 98).

Telle était la condition juridique de la femme dans le premier état du droit.

Mais, sous l'influence des mœurs, cet état ne tarda pas à se modifier. La tutelle rigoureuse du droit primitif commença à s'adoucir même sous la République. Les femmes arrivèrent à traiter elles-mêmes leurs affaires : le tuteur n'interposait son *auctoritas* que dans certains cas, et pour la forme, *dicis causa*, nous dit Gaius. En outre, le tuteur n'était pas toujours libre de

le contraindre à la donner. Enfin, la femme, avec le consentement de son tuteur primitif, pouvait se soumettre volontairement à la *manus* d'un tiers qui l'affranchissait aussitôt. Dès lors, les liens d'agnation se trouvant rompus, elle n'était plus soumise qu'à l'autorité illusoire d'un tu-

1. « *In familiam viri transibat filiaque locum obtinebat.* » (Gaius, I, § 3).

teur qu'elle s'était choisi. C'est à propos de cette espèce de tuteur que Cicéron disait : « *Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt ; hi invenerunt genera tutorum quæ potestate mulierum continerentur* (1). »

D'ailleurs le législateur vint lui-même porter le dernier coup à ce qui restait de la tutelle perpétuelle. Par la loi *Julia Poppæa*, il fut décidé que les femmes ingénues, mères de trois enfants, et les affranchies, mères de quatre, cesseraient d'être soumises à toute tutelle autre que celle du patron ou de ses enfants (Gaius, I, § 194 ; III, § 44). Quelques années plus tard, sous le règne de Claude, un sénatus-consulte connu sous le nom de *lex Claudia* supprima complètement la tutelle des agnats sur les femmes et ne laissa subsister, parmi les tutelles légitimes, que celle des ascendants et des patrons (Gaius, I, § 157 et 174. — Ulpien, XI, § 8). De sorte que cette institution disparut peu à peu par désuétude et qu'il n'en fut bientôt plus question.

D'autre part, la puissance paternelle s'affaiblit. Les droits qu'elle conférait sur la personne deviennent moins exorbitants. Ensuite, le père est contraint de doter sa fille qui se marie, et cette dot procure à la femme veuve ou divorcée une certaine indépendance. Lorsque la femme est *filia familias*, bien que l'action en restitution appartienne à son père, celui-ci ne peut l'exercer qu'avec le concours de sa fille, *adjecta filiae persona* (Ulpien, VI, § 6).

1. Cicéron, *Pro murena*, XII, 27.

Enfin, de son côté, la puissance maritale ne tarde pas à décroître, et quant à la personne, et quant aux biens de la femme. Le mari ne peut plus tuer impunément sa femme adultère ni la punir pour des faits moins graves (Loi 22, § 4, D. XLVIII, 5). L'autorité publique se substitue à la sienne pour juger et réprimer ces délits domestiques.

De plus, la *manus* cesse bientôt d'être une conséquence habituelle du mariage. Dès la fin de la République, elle disparaît peu à peu par suite de la fréquence des divorces toujours croissants. La femme restait dans sa famille primitive, en puissance de son père ou sous la tutelle de ses agnats, suivant le cas. A l'exception de la dot, ses biens y

restaient comme elle. Encore bien que la dot devint la propriété du mari, celui-ci ne pouvait l'aliéner sans le consentement de la femme (Loi 9, § 3, *De jure dot.* XXIII, 3 — Loi 31, § 1, *De donat.*). De plus, il en devait la restitution dans certains cas déterminés sur l'exercice de l'action *rei uxoriæ*. Cette restitution pouvait même être stipulée dans tous les cas par le constituant. On avait voulu, par ce moyen, assurer à la femme la possibilité de contracter un nouveau mariage. De sorte que celle-ci était de fait, sinon de droit, maîtresse de sa dot.

En somme, par suite de la décadence des institutions

primitives, la femme était parvenue à conquérir une indépendance juridique très grande.

Cette situation ne manqua pas d'émouvoir le législateur qui s'efforça dès lors d'y porter remède. Mais, tandis que les anciennes incapacités étaient motivées par l'intérêt de la famille, les nouvelles furent établies dans un intérêt d'ordre public.

Cette réaction commença par la loi *Oppia* dirigée contre le luxe des femmes. Elle se continua par la loi *Voconia* dont le but était d'empêcher les femmes de s'enrichir par testament. On en vint successivement à déclarer la femme incapable de postuler et de faire acte judiciaire pour autrui. C'était là un rôle incompatible avec les devoirs de son sexe. Enfin, une dernière prohibition, celle de s'engager pour la dette d'autrui, résulte du sénatus-consulte Velleïen que nous avons maintenant à étudier.

Quelle est la date de ce sénatus-consulte ? On l'ignore. On pense généralement qu'il fut rendu sous le règne de Claude, mais cela n'est pas certain. En effet, Ulpien nous dit que la mesure dont il s'agit fut proposée au Sénat par deux consuls nommés Marcus Silanus et Velleïanus Tutor. Or, les fastes consulaires du règne de Claude ne mentionnent pas ces noms. En tout cas, par suite du rapprochement de divers textes du Digeste, on peut presque à coup sûr soutenir qu'il se place entre l'avènement de Claude et celui de Vespasien, c'est-à-dire entre les années 41 et 79. Voici le texte du sénatus-consulte :

• Quod Marcus Silanus et Velleïanus Tutor consules,

« verba lecerunt de obligationibus feminarum, quæ pro
« aliis res fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita
« consuluerunt.

« Quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis
« quibus intercesserint feminæ, pertinet, tamen si ante
« videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio
« fiat, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis
« fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit
« æquum ; arbitrari senatum recteque atque ordine factu-
« ros ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint ope-
« ram ut in ea re senatus voluntas servetur. »

Le sénatus-consulte ne s'annonce pas comme une innovation législative. Il fait lui-même allusion à des précédents juridiques : *ante videtur ita jus dictum esse*. Quels sont ces précédents ? Ce sont sans doute les édits d'Auguste et de Claude qui avaient déjà défendu aux femmes d'intercéder pour leur mari. Le sénatus-consulte Velléien est plus absolu. Il leur interdit d'intercéder, non-seulement pour leur mari, mais pour autrui.

Quel est le fondement du sénatus-consulte ?

Est-ce une mesure de faveur ou de défaveur à l'égard des femmes ?

Voici la raison donnée par le sénatus-consulte lui-même :

« *feminas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non est æquum.* »

Ce texte n'est pas suffisamment explicite. Il considère comme peu juste que les femmes intercedent et soient liées par leur intercession. Des actes de ce genre sont des *officia*

virilia, dit-il. Mais pourquoi? Est-ce par suite d'un intérêt d'ordre public ou bien est-ce dans l'intérêt de la femme elle-même et pour la protéger contre sa faiblesse?

Certains textes nous conduisent à la première interprétation. « *Ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causi se immisceant, ne virilibus officiis fungantur,* » dit la loi 1, § 5 au Digeste, h. t.

Ce qui est certain, c'est que, quelle qu'ait été la raison première du sénatus-consulte, les jurisconsultes romains se sont généralement prononcés dans le sens de la seconde interprétation (Voir en ce sens : loi 2, §§ 2 et 3, loi 4, § 1 et loi 21, § 1, D. h. t.).

DES CAS OU LE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

EST APPLICABLE

Le sénatus-consulte Velléen s'applique à toutes les femmes et à tous les cas où une femme intercède. La question à résoudre est donc celle-ci : quand y a-t-il intercession ?

A

CONDITIONS DE L'INTERCESSION

On peut ramener à deux les conditions nécessaires pour donner à l'acte de la femme le caractère d'intercession. Il faut :

1° Que la femme engage sa personne ou ses biens ;

2° Qu'elle les engage dans l'intérêt d'un tiers.

1° Il faut d'abord que la femme engage sa personne ou ses biens.

Comme nous le verrons plus loin, en traitant des effets du sénatus-consulte, la femme poursuivie pour l'exécution de son engagement opposera une exception.

Mais qu'arriverait-il si elle aliénait en faveur d'autrui au

lieu de s'obliger dans les mêmes conditions ? Nous pensons que, dans ce cas, le sénatus-consulte ne serait pas applicable en principe. L'aliénation n'est pas une intercession, et rien n'est plus naturel. Par l'aliénation, la femme abdique son droit ; il est probable qu'elle réfléchira. Elle s'impose une privation dont elle peut présentement prévoir et mesurer les effets. Son intérêt la protège contre ses propres entraînements et le législateur n'a pas besoin de venir à son secours. Au contraire, l'intercession offre des dangers plus sérieux. La femme s'engageant pour une époque plus ou moins éloignée n'apprécie qu'imparfaitement les conséquences de son intervention. Elle peut se trouver victime d'une générosité irréfléchie. Le sénatus-consulte Velléien lui vient donc en aide.

Ces considérations très logiques semblent toutefois en contradiction avec la solution donnée par la loi 32 § 2 D. h. t. Cette loi suppose qu'une femme a vendu et livré un fonds de terre au créancier de son mari à la condition que ce dernier sera libéré. Cependant Pomponius lui accorde le droit de revendiquer et d'opposer la réplique tirée du sénatus-consulte Velléien à l'exception *rei venditæ et traditæ* par laquelle l'acheteur veut la repousser (1).

1. « Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione ut emptor acceptam pecuniam viro referret, et hunc fundum vendicat : exceptio quidem opponetur ei de re empta et tradita, sed replicabitur a muliere aut si ea venditio contra senatus consultum facta sit. Et hoc procedit sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium quo mulier ea ratione careat re sua. Item est si non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit. »

Mais ce texte n'infirmes pas, à notre avis, ce que nous avons dit précédemment. Sans doute il s'agissait, dans l'espèce, d'un fonds italique pour lequel la femme n'avait accompli ni la mancipation, ni la *cessio in jure*. Or, ce fonds étant *res Mancipi*, la femme pouvait le revendiquer et répliquer par le sénatus-consulte Velléen à l'exception du vendeur. Elle n'avait pas perdu tout droit. L'aliénation n'avait pas été parfaite. Elle n'eût été telle que si la mancipation ou la cession *in jure* avaient eu lieu ou même s'il se fût agi d'un fonds provincial : le sénatus-consulte n'eût pas alors été applicable (1).

La vérité est que, lorsque la femme s'est dépouillée complètement pour autrui, elle a dû le faire à bon escient : le sénatus-consulte n'invalide pas l'acte qu'elle a accompli. Au contraire, ce même sénatus-consulte lui donne une exception contre les poursuites ultérieures auxquelles peut l'exposer l'engagement qu'elle a contracté pour un tiers.

De même, si l'acte de la femme, accompli dans l'intérêt d'autrui, constitue une donation, le sénatus-consulte ne s'applique pas. Ainsi, une femme s'oblige pour un tiers en s'interdisant tout recours contre lui. Loin de s'exposer à une perte éventuelle, elle encourt un appauvrissement évident, certain, facile à apprécier : elle n'a plus droit à la protection du sénatus-consulte (Loi 4, § 1, D. *h. t.*).

1. D'ailleurs, sous Justinien, toute différence entre les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi* a disparu. Dès que la chose vendue est livrée, l'aliénation est valable.

Par application de ces idées, nous déciderons aussi que la femme peut valablement payer la dette d'autrui. Elle peut de même déléguer son débiteur, par exemple l'acquéreur d'un bien qu'elle a vendu, au créancier d'un tiers.

« *Nec interest pecuniam solvendi causa numeret, an quamlibet rem suam in solutum det, nam et si vendiderit rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit, sive emptorem delegavit creditori alieno, non puto senatusconsulto locum esse* » (Loi 5. D. h. t.) (1).

La femme peut encore faire remise à son débiteur du gage que celui-ci lui avait donné : « *Quamvis pignoris datio intercessionem faciat, tamen Julianus libro duodecimo Digestorum scribit redditionem pignoris, si creditrix mulier rem quam pignori acceperat debitori liberaveret, non esse intercessionem.* » (Loi 8, pr. D. h. t.).

La femme peut enfin renoncer à l'hypothèque qui garantit sa créance. Dans ce cas, en effet, comme dans le cas

1. Toutefois le sénatus-consulte serait applicable et les actes que nous venons d'énumérer seraient prohibés comme constituant une *intercessio* s'ils étaient accomplis en vertu d'une obligation antérieure, ou si, dans le cas de délégation, le délégué n'était pas réellement le débiteur de la femme. C'est ce qui résulte des textes suivants :

Loi 8, § 3, D. h. t. « *Interdum intercedenti mulieri et conditio competit, puta si contra senatus consultum obligata debitorem suum delegaverit; nam hic ipsi competit conditio; quemadmodum si pecuniam solvisset condiceret; solvit enim qui reum delegat.* »

Loi 9, Code, III, 29 : « *Quamvis mulier pro alio solvere possit, tamen si præcedente obligatione, quam senatus consultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus senatus consulti beneficium munitam se ignorans, locum habet repetitio.* »

précédent, elle ne contracte d'engagement envers personne. Il lui est du reste difficile de se méprendre sur la portée de l'abandon qu'elle consent. Le sacrifice est pour elle très sensible. Or, le sénatus-consulte Velléien n'a pas entendu interdire à la femme de diminuer son patrimoine. Il a voulu seulement l'empêcher de s'engager pour autrui dans l'espérance qu'elle n'aura peut-être pas à en souffrir.

2° Il faut, en second lieu, que la femme s'engage dans l'intérêt d'autrui.

Toute obligation suppose un débiteur et un créancier. Toute obligation s'analyse en une dette dont une personne est tenue envers une autre qui doit en bénéficier.

Donc, quand une femme s'oblige, en réalité le lien de droit se forme dans l'intérêt du créancier.

Cependant toute obligation de sa part ne constitue pas une intercession.

Pour que l'intercession existe, il faut que la femme prenne à sa charge une obligation qui pesait déjà ou qui allait peser sur autrui. Il faut, en un mot, qu'elle prenne à sa charge une obligation étrangère.

Ainsi, une femme s'engage envers Tertius, créancier de Seius, à lui payer ce que ce dernier lui doit. Elle assume l'obligation qui frappait un tiers : elle intercède.

Si, au contraire, elle s'engage à payer à Seius ce qu'il doit à Tertius, elle ne dispense pas Seius de se porter débiteur et elle ne l'exonère pas davantage de la dette qu'il a déjà contractée. Au fond, ce n'est pas l'obligation d'autrui qu'elle transporte en sa personne. C'est une obligation

indépendante qu'elle crée et qu'elle contracte. Elle n'intercède pas (1).

De même encore, pas d'intercession dans les cas suivants :

Une femme, désirant administrer la tutelle de ses enfants, prie le tuteur de lui abandonner cette administration. Cependant, comme celui-ci est responsable de sa gestion, elle lui promet de l'indemniser si plus tard il est condamné comme ayant mal géré (2).

De même encore, un tuteur est sur le point de vendre certains biens de son pupille. La mère de ce dernier, souhaitant que ces biens soient conservés, prie le tuteur de ne pas les vendre, s'engageant à l'indemniser si, dans l'avenir, le pupille le poursuit pour cause de mauvaise administration (Loi 8, § 1, D. h. t. ; loi 22, Code, V, 37).

Dans ces deux espèces, la femme n'a pas pris à sa charge l'obligation d'autrui. Elle n'a pas intercédé.

Si d'ailleurs, en prenant à sa charge l'obligation d'autrui, la femme a un intérêt à agir ainsi, il n'y aura pas non plus d'intercession.

« *Aliquando licet obligationem suscipiat mulier, non*

1. « *Nullam obligationem recepit, sed ipsa fecit hanc obligationem.* » (Loi 8, § 1, D, h. t.).

2. « *Si mater, quum filiorum suorum patrimonium gereret, tutoribus eorum securitatem promiserit et fidejussorem præstiterit, vel pignora dederit, quoniam quodammodo suum negotium gessisse videtur, senatus consulti auxilio, neque ipsa, neque fidejussor ab ea præstitus, neque res ejus pignoratæ adjuvantur.* » (Loi 6, pr. Code, IV, 29).

adjuvatur hoc senatus-consulto ; quod accidit quum prima facie quidem alienam, revera suam obligationem suscipiat (Loi 13, D. h. t.).

« *Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem ejus quod acceptum est versaretur, exceptio senatus-consulti locum non habet* (Loi 21, D. h. t.). »

Ainsi, le sénatus-consulte n'est pas applicable dans les hypothèses suivantes :

Quand une femme, débitrice principale, défend en justice son *fidejussor*. Si elle est condamnée, elle ne pourra opposer à l'action *judicati* l'exception du sénatus consulte Velléen.

Quand une femme délègue sa débitrice à son mari afin que celui-ci consacre l'argent qu'il recevra de cette débitrice à l'acquittement d'une dette dont elle est elle-même tenue vis-à-vis d'un tiers, et elle se porte *fidejussor* auprès du mari pour celle qu'elle a déléguée. Il n'y a pas d'intercession (Loi 27, § 2. D. h. t.).

Quand la femme intervient en se faisant déléguer par son créancier, elle se libère ainsi envers ce dernier. *Suum negotium gessit* (Loi 24, § 2, D. h. t.).

Dans le cas où s'étant fait vendre une hérédité et les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* étant intervenues si l'héritier est poursuivi par les créanciers héréditaires et si la femme se présente en son lieu et place pour être condamnée (Loi 3, D. h. t.).

Il se peut au contraire qu'une femme intercède pour autrui alors qu'elle croit contracter pour elle-même. Par

exemple, elle se porte *expromissor* pour Secundus, à qui elle ne doit rien, envers Primus ; ensuite, elle contracte pour le compte de Primus une nouvelle *expromissio* vis-à-vis du créancier de ce dernier. On s'accordait pour reconnaître que la première *expromissio* constituait une intercession prohibée. Quant à la seconde, Julien pensait qu'il devait en être de même, tandis que Marcellus était d'avis contraire. Pour lui, dans la première opération, la femme n'avait pas même pu croire qu'elle faisait sa propre affaire. Dans la seconde au contraire, elle pensait se libérer d'une dette dont elle s'imaginait être tenue. Elle sera donc obligée vis-à-vis du créancier de Primus sauf à recourir contre ce dernier au moyen d'une *condictio sine causa* (Loi 8, § 2, D. h. t.).

Que décider si la femme s'oblige solidairement avec un autre débiteur ?

Il faut distinguer.

Si la femme, en s'obligeant fait sa propre affaire, c'est-à-dire si son obligation lui procure un avantage ou l'empêche d'éprouver une perte au moins égale ou supérieure à la dette qu'elle contracte, le sénatus-consulte n'est pas applicable. Ainsi, copropriétaire d'un immeuble indivis, elle emprunte solidairement avec son copropriétaire les deniers nécessaires à la réparation de l'immeuble commun. En garantissant par son engagement la totalité de la dette résultant de l'emprunt, elle ne fait pas une intercession prohibée car elle a intérêt à la réalisation de cet emprunt : « *Majus damnum mulier passura fuerat quod communis*

insua fulta non esset... potius esse ut senatus consulto locus non sit » (Loi 17, § 2, D. h. t.).

Que si au contraire, en s'obligeant ainsi, elle fait en même temps sa propre affaire et celle d'autrui, elle intercède pour partie. Ainsi, elle emprunte pour payer une chose achetée en commun avec un tiers : « *Creditorem partem duntaxat pecuniæ petere posse ; quod si totum petierit, exceptione pro parte submoveri* » (Loi 17, § 2, D. h. t.).

B

OPÉRATIONS AUXQUELLES LE SÉNATUS-CONSULTE S'APPLIQUE HABITUELLEMENT.

Il n'est pas possible de donner une énumération complète des cas dans lesquels il y a intercession. L'intercession peut se produire dans toute espèce d'affaires. Dès que les caractères constitutifs que nous avons indiqués se trouvent réunis, le sénatus-consulte Velléen s'applique, sans avoir égard à la source de l'obligation, à la personne du créancier ou à celle du débiteur.

L'intercession pouvant ainsi se réaliser dans les opérations les plus variées, il nous suffira de passer en revue les principales.

La loi 4 au Code h. t. nous fournit une division assez commode pour les classer.

D'après cette loi, la femme intercède « *sive eam obligationem quæ in alterius persona constitit in se transtulit, vel participavit, sive quum alius pecuniam acciperet ipsa se ab initio ream constituit.* »

1^o *La femme se substitue complètement au débiteur.*

Par l'*expromissio*. — C'est l'engagement d'un tiers envers le créancier à la place du débiteur primitif de ce dernier. Le créancier décharge ce débiteur primitif et en accepte un autre qui en tient lieu, l'*expromittens*, c'est là une novation par changement de débiteur. Au sens large, l'*expromissio* comprend :

a. — Le cas où un tiers vient de lui-même prendre au contrat la place du débiteur originaire: C'est l'*expromissio* proprement dite.

b. — Le cas où le débiteur originaire donne mandat à l'intercédant de s'obliger pour lui, de le remplacer. C'est la délégation.

La délégation est-elle pour la femme une intercession prohibée par le sénatus-consulte Velléien ?

Il convient de distinguer.

Si la femme étant débitrice est déléguée par son créancier, son intervention ne tombe pas sous l'application du sénatus-consulte. En effet, en s'obligeant à l'égard du créancier de son propre créancier, elle éteint sa dette, elle fait son affaire.

Si la femme est délégante, par exemple si elle délègue

son débiteur Tertius à Secundus créancier de Primus, afin d'éteindre la dette de ce dernier, il n'y a pas non plus d'intercession prohibée. Elle paie la dette d'autrui et nous avons vu que cela lui était permis. Mais il en serait autrement si, sans être créancière de Tertius, elle lui donnait néanmoins mandat de se constituer débiteur envers Secundus afin de libérer Primus. Il y aurait là une intercession contraire au sénatus-consulte, attendu qu'elle s'obligerait par le mandat donné à Tertius.

Par la *defensio pro alio*. — C'est le fait de se présenter en justice pour y jouer le rôle de défendeur au lieu et place d'une autre personne. Par l'effet de la *litis contestatio*, l'obligation primitive s'éteint et l'obligation nouvelle naît à la charge exclusive de l'intervenant. Pareil acte constituait pour la femme une violation du sénatus-consulte Velléen, « *Sed et si mulier defensor alicujus extiterit, procul dubio intercedit : suscipit enim in se alienam obligationem. Quippe quum ex eâ re subeat condemnationem proinde neque maritum neque filium neque patrem mulieri permittitur defendere* » (Loi 2 § 5 D. h. t.).

Par un compromis fait au nom d'une autre personne. — Un différend existant entre deux personnes, un tiers s'engage pour l'une d'elles à soumettre le différend à un arbitre. Il s'oblige par suite à se conformer à la décision de l'arbitre.

C'est encore là, pour la femme, un acte interdit par le sénatus-consulte Velléen. « *Si mulier alieno nomine com-*

promittat, non erit pecunia compromissa propter intercessionem. » (Loi 32 § 2, D. IV, 8).

Par une réponse à une *interrogatio in iure*. — En voici deux exemples :

Une femme interrogée en justice sur le point de savoir si elle est ou non héritière répond qu'elle est héritière. Elle se trouve par suite engagée vis-à-vis du créancier héréditaire qui l'a interrogée. En se soumettant à des obligations qui ne sont pas les siennes en réalité, elle intercède contrairement aux prohibitions du sénatus-consulte (Loi 23, D. h. t.)

De même, une femme possède un esclave qui commet un délit. Cet esclave ne lui appartient pas. Néanmoins, la victime intente contre la femme l'action noxale en l'interrogeant préalablement sur la question de savoir si elle est ou non propriétaire de l'esclave. Si la femme répond affirmativement, bien qu'elle connaisse la vérité, cette réponse constitue une intercession prohibée. Pour qu'il n'en fût pas ainsi, il faudrait qu'une pareille réponse provint d'une erreur de sa part. En effet, le possesseur de bonne foi d'un esclave est soumis *suo nomine* à l'action noxale (Loi 26, D. h. t.).

2° *La femme s'adjoit à une obligation principale.*

Par une *adpromissio*. — C'est l'acte par lequel une personne s'oblige *verbis* accessoirement à un obligé principal dont elle garantit la dette. A l'époque classique, suivant la

nature des paroles prononcées, cette promesse accessoire prenait le nom de *sponsio*, *fidepromissio*, *fidejussio*. Ce n'est que plus tard que la *fidejussio* fut adoptée comme type définitif du contrat.

Par un *mandatum pecuniæ credendæ*. — C'est le mandat donné à une personne de prêter de l'argent à un tiers. Le mandant, soumis à l'action *mandati contraria* du mandataire pour le montant des déboursés de ce dernier, devient responsable des suites de son mandat. A ce titre, l'opération constitue pour la femme une intercession prohibée par le sénatus-consulte.

Par un *pactum de constituta pecunia*. — C'est l'engagement de payer la dette d'autrui.

Cet engagement pris par une femme tombe sous le coup de l'interdiction prononcée par le sénatus-consulte Velléen.

Par une concession d'un droit réel accessoire *pro alio*. — Cette concession, venant d'une femme, constitue encore une intercession prohibée. La loi 8 D. h. t. le dit formellement : « *quamvis pignoris datio intercessionem faciat...* » Soit que la femme donne sa chose en gage, soit qu'elle hypothèque pour autrui, elle prend à sa charge une obligation qui lui est étrangère, donc elle intercede.

De même, la femme qui renonce à son rang d'hypothèque contracte une intercession prohibée. C'est ce que nous lisons dans la loi 17, § 1, D. h. t. : « *Si mulier dixisset sibi rem dotis nomine obligatam, et creditor curasset ei pecuniam dotis solvi, qui idem pignus acciperet, mulieri etiam pecunia credita deberetur : si possessor*

creditor adversus eam Serviana agentem exciperet, si non voluntate ejus pignus datum esset, replicationem mulieri senatus-consulti non profuturam : nisi creditor scisset, etiam alienam pecuniam ei deberi. » Voici l'espèce prévue. Une femme divorcée d'avec son mari a contre lui deux créances : l'une ayant pour objet la restitution de sa dot, l'autre une somme d'argent qu'elle lui a prêtée. Ces deux créances sont garanties par une hypothèque sur un des immeubles du mari. Ce dernier ayant besoin d'argent veut faire un emprunt. Mais le prêteur qu'il trouve exige un gage pour garantie. Alors, la femme intervient au contrat. Elle reçoit du *creditor* le paiement de sa dot et renonce à l'hypothèque qui la garantit. Mais elle se garde de faire connaître au prêteur que l'objet livré en gage reste soumis à l'hypothèque de la seconde créance. Plus tard, elle veut tirer parti de cette hypothèque et intente l'action servienne contre le *creditor possessor*. Celui-ci répond par l'exception tirée de la convention de gage à laquelle elle a pris part : *si non voluntate ejus pignus datum esset*. Dans ces circonstances, on se pose la question suivante : la femme peut-elle repousser cette exception par la réplique tirée du sénatus-consulte Velléien ? Africain répond qu'elle ne le pourra pas. Mais il convient de remarquer la restriction dont le jurisconsulte fait suivre sa solution : *nisi creditor*, dit-il, *scisset alienam pecuniam ei deberi*. Donc, si le créancier avait connu l'existence de la seconde hypothèque la femme pourrait victorieusement lui opposer la réplique tirée du sénatus-consulte ; c'est-à-dire qu'il y aurait eu là,

de sa part, une intercession prohibée. Or, dans cette espèce, la femme n'a pas fait autre chose que renoncer à son rang d'hypothèque sur le fonds de son mari et en faveur du créancier de celui-ci.

Il est vrai, avons-nous vu, que la femme peut faire remise à son débiteur du gage ou de l'hypothèque que ce dernier lui a consentis. Mais nous avons déjà montré que la femme n'est pas protégée contre les diminutions immédiates de son patrimoine, mais seulement contre les illusions qui peuvent l'entraîner à s'engager témérairement pour autrui.

3° *La femme prend à sa charge l'obligation qu'un autre allait contracter.*

« *A dante mutuum accepit quod alius erat accepturus.* » C'est la *mutui datio* dont parle le sénatus-consulte. Ainsi, Titius refuse de prêter de l'argent à Seius dont il redoute l'insolvabilité. Une femme intervient alors, emprunte à Titius et fait parvenir à Seius le produit de l'emprunt. En réalité, elle a contracté une obligation dont une autre personne retire le bénéfice. Elle a intercédé contrairement au sénatus-consulte (Loi 8, § 14, D. h. t.).

DES CAS OU LE SENATUS-CONSULTE VELLÉIEN

N'EST PAS APPLICABLE

Bien qu'un acte réunisse les conditions essentielles de l'intercession, il n'est pas toujours prohibé. Le sénatus-consulte souffre des exceptions. Ces exceptions s'expliquent par divers motifs sous lesquels nous allons les ranger.

1° Exceptions fondées sur la cause de l'intercession.

La femme ne peut invoquer la protection du sénatus-consulte Velléen dans les cas suivants :

1° Quand elle se porte garant du tuteur qu'elle a demandé pour ses enfants et que le décret du magistrat, portant nomination de ce tuteur, indique expressément qu'il est donné aux risques et périls de la mère. Elle est dès lors responsable de la gestion du tuteur et elle ne peut invoquer le sénatus-consulte (Loi 3, Code *Si mater indemnitate*).

2° Quand elle défend en justice des parents que l'âge ou les infirmités empêchent d'agir, ou quand elle réclame la

liberté de ses ascendants, descendants, frères et sœurs (Loi 44, D. *de procuratoribus et defens* ; loi 3, §§ 2 et 3, D. *de liberali causa*).

2° *Exceptions fondées sur un fait personnel de la femme.*

« *Decipientibus mulieribus senatus-consultum auxilio non est... Infirmis enim feminarum, non calliditas, auxilium meruit* » (Loi 2, § 3, D. h. t.).

En cas de dol de la part de la femme, le sénatus-consulte Velléien ne la protège plus.

Ainsi, une femme laisse son mari constituer, au profit d'un tiers, une hypothèque sur un immeuble à elle. Elle ne pourra opposer à ce tiers l'exception tirée du sénatus-consulte.

De même encore, la femme, sur une interrogation du magistrat, répond fausement qu'elle est héritière. Elle est désormais déchue du bénéfice du sénatus-consulte.

(Loi 23, D. h. t.).

Mais la question de savoir s'il y a eu dol de la part de la femme est quelquefois très délicate. Ainsi, y a-t-il dol par le seul fait qu'elle a connu, en intercedant, l'inefficacité de son intercession ? — Nous ne le pensons pas, et la loi 30 pr. D. h. t. qui semble décider le contraire suppose évidemment des manœuvres frauduleuses commises par elle dans le but de maintenir le créancier dans son ignorance.

3° *Exceptions fondées sur la position du créancier.*

Le sénatus-consulte Velleïen cesse d'être applicable :

1° Quand la femme a intercédé au profit d'un débiteur mineur de vingt-cinq ans qui ne devient insolvable qu'après l'intercession. Celle-ci est valable. On décide ainsi par suite de cette idée que le mineur a besoin d'être encore plus protégé que la femme (loi 12. D. *de minoribus*).

2° Quand le créancier ignorait que l'acte de la femme constituât une intercession. Nous avons déjà vu que le créancier trompé par la femme n'est pas repoussé par l'exception du sénatus-consulte. Mais la bonne foi du créancier peut exister sans impliquer des manœuvres frauduleuses de la part de la femme. Dans ces conditions le créancier ne sera pas non plus repoussé.

Toutefois les textes semblent exiger que son erreur soit excusable et ne repose pas sur une négligence de sa part.

D'ordinaire, le créancier qui prête des deniers à une femme ne peut savoir si cette femme emprunte pour elle ou pour un tiers. Dans ce cas, son ignorance est compréhensible et le sénatus-consulte ne s'applique pas (lois 12 et 27 pr., 28, § 1. D. h. t.) (1).

De même, les textes supposent qu'une personne s'est

1. Sans cela personne ne voudrait contracter avec une femme. « *Si mulier tanquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura, non est locus senatus consulto : alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest quid acturæ sint.* » (Loi 11, D. h. t.).

portée fidéjusseur pour le *defensor* d'un ami, sur le mandat de la mère de cet ami. Si cette personne paie, elle se verra opposer l'exception tirée du sénatus-consulte Velléien lorsqu'elle recourra contre la mère de cet ami. Mais peut-elle opposer elle-même l'exception à la poursuite du créancier ? Oui, si ce créancier savait en quelle qualité elle se portait fidéjusseur. Non, dans le cas contraire (Lois 6 et 7 D. h. t.).

Au contraire, si l'erreur du créancier n'est pas excusable, sa bonne foi ne le mettra pas à l'abri de l'exception.

Ainsi, Mœvius étant créancier de Titius, une femme veut intercéder pour ce dernier. Mœvius refuse d'y consentir dans la crainte de se voir opposer l'exception tirée du sénatus-consulte Velléien. La femme use alors d'un détour : elle va faire un emprunt à Sempronius sans lui avouer qu'elle destine le produit de l'emprunt à libérer Titius. Sempronius s'engage envers Mœvius à lui compter la somme. Dès lors, la question se pose de savoir si la femme poursuivie par Sempronius pourra invoquer le sénatus-consulte.

Julien avait d'abord décidé la négative, mais il s'est ensuite prononcé pour l'affirmative. Il aura sans doute considéré que Sempronius aurait dû se renseigner sur les relations existant entre la femme et son prétendu créancier.

Si Sempronius est poursuivi par Mœvius pourra-t-il opposer le sénatus-consulte Velléien, du chef de la femme ? — Oui, s'il a découvert l'*intercessio*. Il aura une exception utile. Mais si, l'ayant découverte, il a payé, il n'a de recours ni contre la femme que protège le sénatus-

consulte, ni la *condictio indebiti* contre Mœvius qu'il a payé en connaissance de cause. Il aurait la *condictio indebiti* contre lui s'il avait payé sans connaître l'*intercessio* (loi 19, § 5, D. h. t.).

Nous venons de voir dans quels cas l'exception tirée du sénatus-consulte Velléien était opposable, dans quels cas elle ne l'était pas.

Reste une question controversée.

La femme pouvait-elle à son gré renoncer au bénéfice du sénatus-consulte ?

Il est certain qu'elle pouvait y renoncer dans quelques cas :

Si la femme qui a contracté une intercession paie ce qu'elle a promis et le fait en connaissance de cause, elle perd le bénéfice du sénatus-consulte (loi 9, Code, IV, 29).

Si la femme qui a intercédé est prête à défendre au procès pour détourner l'action qui menace le débiteur, elle peut encore se priver volontairement de l'exception du sénatus-consulte en donnant caution devant le magistrat qu'elle n'y aura pas recours (loi 32, § 4, D. h. t.) (1).

1. On a essayé de généraliser la solution donnée pour un cas particulier par cette loi, 32, § 4. Mais, ainsi que le fait remarquer M. Gide, cette caution imposée à la femme serait chose non seulement inutile, mais inconcevable, s'il était permis à la femme de renoncer directement à son exception. Si donc la femme, même après sa renonciation, doit garantir, *in jure* et par une *cautio*, qu'elle n'usera pas de son privilège, c'est évidemment parce que, après et malgré sa renonciation, elle conserve encore son privilège et peut obtenir du prêteur cette même exception à laquelle elle vient de renoncer.

Mais, en dehors de ces cas, et d'une manière générale, une renonciation de la part de la femme était-elle valable ?

Quelques jurisconsultes l'ont soutenu en se fondant sur certains textes douteux. Mais le plus grand nombre des interprètes repousse cette opinion qui serait le renversement du principe même du sénatus-consulte Velléien. A quoi bon frapper la femme de l'incapacité d'intercéder si on lui laisse en même temps un moyen commode d'échapper à cette prohibition ? Le soin que prend plus tard Justinien de permettre à la femme cette renonciation par une confirmation postérieure prouve d'ailleurs implicitement qu'une renonciation contemporaine de l'intercession était impossible.

Les cas que nous avons signalés, et dans lesquels la renonciation était possible étaient donc des cas exceptionnels. La renonciation s'y expliquait d'ailleurs par des motifs particuliers. Dans le premier cas, la femme se dépouillait complètement. Or, nous savons que le sénatus-consulte ne s'appliquait pas dans ces conditions. Dans le second cas, la renonciation avait lieu devant le magistrat, c'est-à-dire qu'elle devait être éclairée et réfléchie (1).

1. Plus tard, sous Justinien, la femme put renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velléien en renouvelant son intercession au bout de deux ans, lorsque cette intercession avait lieu au profit d'un autre que son mari. En outre, elle pouvait et devait même y renoncer pour obtenir la tutelle de ses descendants (Ch. V, nov. 118).

EFFETS DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

Le sénatus-consulte réproouve l'intercession de la femme : « *Senatus totam obligationem improbat* » (Loi 16, § 1. D. h. t.). Est-ce à dire que l'obligation est nulle *ipso jure* ?

On l'a soutenu. On s'est appuyé dans ce but sur les termes mêmes du sénatus-consulte qui refuse toute action contre la femme intercedante et ne mentionne pas l'exception. Mais cette rédaction n'a rien de probant. Si le sénatus-consulte ne parle pas de l'exception, c'est qu'il suppose l'intercession suffisamment établie *in jure*. Dans ce cas, en effet, le magistrat refusera de délivrer une formule. Si, au contraire, l'intercession n'est pas clairement prouvée, il délivrera une formule où l'exception sera insérée.

Il n'y a pas, d'ailleurs, à s'étonner que le droit civil, qui pouvait se corriger lui-même, ait créé une exception. De même que le prêteur combat quelquefois le droit civil, le droit civil aussi se combat lui-même. C'est ainsi que la femme reste capable de s'obliger en général : son obligation n'est paralysée que dans le cas particulier où elle est contractée pour autrui. De sorte que la règle générale subsiste. Afin de la maintenir et pour bien marquer qu'elle conserve son empire dans ses autres applications, le droit civil donne une exception dans le cas particulier où il y déroge (1).

1. Le même procédé se retrouve dans une foule d'hypothèses analogues :

Remarquons, enfin, que lorsque la femme se porte *expromissor* pour autrui, la novation qu'elle opère libère le débiteur primitif. Cela est si vrai que c'est précisément pour remédier à l'inconvénient qui en résulterait pour le créancier, que le prêteur vient à son secours et lui donne, contre le débiteur libéré, une action que les textes appellent *pristina actio* (Loi 8, § 7. D. h. t.), *actio utilis* (Loi 8, § 8. D. h. t.), *restitutoria actio* (Loi 8, §§ 9, 12 et 13, loi 13, § 2. D. h. t.). Or, si l'obligation contractée par la femme était nulle *ipso jure*, on ne comprendrait pas qu'elle pût opérer une novation et libérer le débiteur primitif.

A

EFFETS A L'ÉGARD DE LA FEMME

1. — *La femme n'a pas exécuté son obligation.* — Si le fait de l'intercession n'est pas contesté, la femme est protégée en ce sens que le prêteur refuse de délivrer une formule au créancier qui la poursuit. « *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur* », porte le texte même du sénatus-consulte.

Si l'existence de l'intercession fait doute, la femme est protégée par une exception qui lui est accordée. Cette ex-

exceptions de la loi *Cincia*, *Plætoria*, du sénatus consulte Macédonien, etc....

ception pouvait se présenter sous la forme d'une exception ordinaire ou d'une réplique.

Quels sont les caractères de cette exception ?

Elle est perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle peut être opposée à toute époque. Toutefois les exceptions perpétuelles ne peuvent en général être invoquées après que la sentence a été rendue. Au contraire, l'exception du sénatus-consulte Velléen n'est pas soumise à cette restriction (Gaius, IV, § 121. Loi 11, D. XIV, 6).

Elle est en outre *rei et non personæ cohærens*, c'est-à-dire qu'elle est donnée non pas à cause de la personne qui intercède, mais à raison du fait même de l'intercession. Il en résulte qu'elle appartient :

1° A la femme ;

2° A ses mandataires (Loi 30, § 1, D. h. t.) ;

3° A ses héritiers (Loi 20, Code h. t.) ;

4° Au tiers que la femme a délégué sans qu'il fût son débiteur (Loi 8, § 4 et 6, D. h. t.) ;

5° Au tiers qui *cum* ou *sine mandato mulieris* a donné en gage ou hypothéqué sa chose pour garantie de l'intercession de la femme (Loi 2, D. XX, 3) ;

6° Au fidéjusseur du débiteur principal qui, de bonne foi, s'est obligé sur le mandat de la femme et au su du créancier. Si le créancier avait été de bonne foi, son action ne pourrait être repoussée par le fidéjusseur, lequel d'ailleurs n'aurait aucun recours contre la femme. Toutefois Papinien lui accordait une action *negotiorum gestorum* contre le débiteur (Loi 7, D. h. t.) ;

7° Aux fidéjusseurs de la femme, et il n'y a pas à distinguer, comme le voulait Gaius Cassius, s'ils sont intervenus avec ou sans mandat. Julien repousse toute distinction en se fondant sur le texte si catégorique du sénatus-consulte (Loi 16, § 1, D. h. t.).

Inversement, l'exception peut être opposée à toute personne qui invoque l'intercession de la femme pour agir (Loi 32, § 3, D. h. t.).

II. — *La femme a exécuté l'obligation contractée au mépris du sénatus-consulte Velléien.*

L'exception permet à la femme de se défendre contre une poursuite du créancier. Mais si elle s'est dépouillée complètement pour autrui, comment est-elle protégée ?

On dit souvent que la femme qui invoque le sénatus-consulte Velléien n'est pas tenue même d'une obligation naturelle, qu'elle est dégagée de tout lien (Loi 16, § 1, D. h. t.). Cela signifie-t-il que la femme qui paie sa dette ne fait pas un vrai paiement ? Non, certes. En effet, si elle exécute volontairement son obligation, elle ne peut répéter (Loi 9, Code IV, 29) : *indebitum solutum sciens non recte repetit*.

La vérité, c'est qu'il y a des obligations naturelles de deux sortes. Les unes sont appelées telles parce que le législateur, en vertu d'une raison arbitraire, leur a refusé toute action.

Elles produisent tous les effets des obligations ordinai-

res, mais l'action leur manque. Le paiement même par erreur d'une obligation de cette classe ne donne pas lieu à répétition (1). Les autres sont naturelles parce que le législateur leur a refusé l'action dans l'intérêt du débiteur. Elles ne peuvent donner lieu à aucun moyen de contrainte contre lui. Or l'obligation contractée par la femme à l'encontre du sénatus-consulte Velléien rentre dans cette seconde classe. Le paiement qu'elle en fait, pour être maintenu, doit être fait sciemment, en toute liberté et connaissance de cause.

Quid si ce paiement n'est pas fait sciemment ?

Dans ce cas, le paiement est nul comme la dette elle-même, et la femme a la *condictio indebiti*. Et il n'y a pas à tenir compte de cette circonstance qu'il y a ici, de la part de la femme, non pas erreur de fait, mais erreur de droit. L'erreur de droit a toujours été admise comme constituant pour les femmes une cause suffisante de répétition (Loi 9 D. XXII, 6).

Mais si le paiement consistait dans la translation de droits réels, la femme n'avait-elle, dans ce cas, que la *condictio indebiti* ou pouvait-elle agir par une *revendicatio* ? On a soutenu que la revendication lui est formellement accordée par la loi 32 § 1 D. h. t. Nous avons

1. C'est à propos des obligations naturelles de cette première catégorie que la loi 6, D, XVI, 2, dit : *etiam quod natura debetur venit in compensationem.* » Ainsi, un père concède un pécule à son fils. Entre le père et le fils peuvent naître des obligations naturelles. Si un créancier du pécule du fils agit contre le père, le juge estime le pécule en y comprenant les créanciers du fils contre le père.

cependant montré que cette loi n'a pas la portée qu'on lui prête. Il est vrai qu'elle semble accorder à la femme qui a vendu un fonds *causâ intercessionis* cette action en revendication. Mais il est vraisemblable que le texte vise le cas de tradition d'un fonds italique. La femme en ayant conservé le domaine quiritaire peut le revendiquer et repousser l'exception de la chose vendue et livrée que lui oppose l'acquéreur par la réplique tirée du sénatus-consulte Velléien. Si au contraire, par une mancipation, la femme avait perdu tout droit sur ce fonds, aucune action en revendication ne lui serait accordée. Elle ne pourrait agir que par la *condictio indebiti*. Le paiement qu'elle a fait est nul comme paiement, mais il est valable comme acte translatif de propriété. La translation de propriété n'a pas besoin de juste cause pour s'accomplir.

B

EFFETS A L'ÉGARD DU CRÉANCIER.

Si la femme *alienam obligationem participavit*, par exemple si elle s'est portée *fidejussor*, l'action du créancier contre la femme est paralysée ; mais il peut agir contre le débiteur principal.

Si la femme *se ab initio ream constituit*, par exemple si elle a contracté un prêt dans l'intérêt d'un tiers, il ne

peut être question de restituer au créancier une action contre ce tiers puisqu'il n'en a jamais eu. Mais le prêteur lui donne une action qu'il crée en sa faveur. Cette action est la même que celle qui serait donnée contre la femme si l'intercession était valable. « *Instituit magis quam restituit obligationem prætor... ut perinde obligeris eodem genere obligationis quo mulier est obligata* » (Loi 8, § 4, D. h. t.).

Si la femme *alienam obligationem in se transtulit*, par exemple, si elle se porte *expromissor*, le créancier perdait son action contre le débiteur originaire sans en acquérir une efficace contre la femme. C'était là une solution très rigoureuse. Aussi le prêteur vint-il à son secours et lui accorda-t-il une action contre celui qui, en l'absence de la femme, serait demeuré débiteur principal. Cette action, c'est l'action *restitutoria* ou *rescisoria* (Loi 8, § 9, D. h. t.). Cette action n'est autre chose que l'action primitive conservée à titre d'action utile (Loi 8, § 8, D. h. t.).

Quand l'action *restitutoria* était-elle accordée ?

Elle était accordée au créancier toutes les fois que celui-ci souffrait de l'exception tirée du sénatus-consulte Velléen, c'est-à-dire toutes les fois que l'intercession avait éteint ou restreint l'obligation du débiteur originaire. Par suite, elle lui était refusée lorsque l'intercession était valable ou lorsque la femme, bien que se sachant protégée par le sénatus-consulte, avait exécuté volontairement son obligation.

En second lieu, l'action n'était pas donnée quand elle

ne présentait pas d'utilité. Ainsi, la femme a intercédé pour un incapable. La nullité de l'obligation résultant de l'intercession n'ajoute rien à la nullité résultant déjà de l'incapacité du débiteur primitif (Loi 8, § 15, D. h. t.).

En dernier lieu, le créancier n'aura pas l'action *restitutoria* quand l'exception tirée du sénatus-consulte ne lui nuira pas. Par exemple, le créancier promet à son débiteur de le libérer s'il lui fournit un *expromissor*. Une femme se présente en cette qualité. Son engagement est nul en vertu du sénatus-consulte Velléien, mais cette nullité n'affaiblit en rien l'obligation du premier débiteur. Celui-ci sera toujours tenu par la *condictio causa data causa non secuta* (Loi 8, § 8 D. h. t.).

A qui et contre qui est donnée l'action *restitutoria*?

Elle est donnée à tous ceux à qui pourrait être opposée l'exception tirée du sénatus-consulte Velléien et contre quiconque s'est trouvé libéré par l'intercession, c'est-à-dire contre l'ancien débiteur et des héritiers (loi 1 § 2, loi 10, D. h. t.), fût-ce la femme (loi 8 § 13, D. h. t.) (1), contre les débiteurs accessoires, tels que les fidéjusseurs (loi 14, D. h. t.), contre les *correi promittendi* (loi 20, D. h. t.).

Le créancier peut exercer l'action aussitôt après l'intercession. C'est ce que dit Paul : « *Si senatus-consulti beneficium intervenerit, utrum statim, quum mulier inter-*

1. Dans ce cas, le créancier n'aura même pas besoin de l'action *restitutoria*. Il pourra se servir de l'action primitive, de l'action directe, la femme n'ayant pas d'intérêt à la repousser puisqu'elle peut être forcée de payer par l'action restitutoire.

cesserit, actio in priorem debitorem competit, an si mulier solutum condicat? — Puto statim et non expectandam solutionem » (loi 24, § 2, D. h. t.). Le créancier n'est pas obligé d'attendre que la femme se soit prévaluée du sénatus-consulte. Il n'aura pas ainsi à être dans l'incertitude et à redouter peut-être l'insolvabilité future d'un débiteur actuellement solvable.

Quant à la durée de l'action *restitutoria*, elle varie suivant celle de l'action originaire à laquelle elle se substitue (loi 24, § 3, D. h. t.).

INNOVATIONS DE JUSTINIEN

La réforme capitale de Justinien, en cette matière, a été de distinguer l'intercession de la femme suivant qu'elle se produit au profit d'un tiers ou au profit du mari, et de régler différemment les deux cas.

1° *Intercession au profit d'un tiers.*

L'intercession intervenant au profit d'un tiers est déclarée valable dans certains cas.

1° Elle est valable si elle a une juste cause.

Ainsi, nous avons vu que l'*intercessio pro dote* n'était valable qu'autant qu'elle était faite par la mère en faveur de la fille qu'elle voulait doter. Justinien généralisa cette décision de faveur et admit que l'*intercessio pro dote* est valable dans tous les cas (Lois 24 et 25 Code *h. t.*).

2° L'intercession est valable si la femme déclare avoir reçu quelque chose pour intercéder.

Nous avons déjà vu que, dans la période précédente, le sénatus-consulte n'était pas applicable lorsque la femme avait reçu de l'argent pour intercéder. Elle était alors censée avoir fait sa propre affaire.

Mais il paraît que des difficultés s'élevaient sur le point de savoir combien la femme devait avoir reçu, et

peut-être même sur le point de savoir comment elle devait prouver qu'elle avait reçu. Justinien décide que le sénatus-consulte ne protégera plus la femme qui aura reçu quelque chose, sans tenir compte de la somme qu'elle aura reçue. Il estime que la femme est le meilleur juge de ses intérêts.

De plus, il déclare que si l'acte public dressé pour constater l'intercession énonce que la femme a reçu quelque chose, cette énonciation doit être réputée vraie et suffit pour faire preuve. Si aucun acte n'a été rédigé, cette preuve incombera au créancier. S'il ne réussit pas à l'établir, il sera repoussé par l'exception tirée du sénatus-consulte (Loi 23 pr. Code h. t.).

3° L'intercession est encore valable lorsque la femme la renouvelle après un laps de temps de deux ans. (Loi 22, Code, h. t.).

Justinien voit dans cette persistance de la femme à s'obliger une présomption qu'elle a un intérêt indiscutable à agir de cette façon.

C'était une confirmation de la part de la femme.

Cette confirmation a-t-elle un effet rétroactif? — Nous pensons que l'affirmative résulte des termes de la loi 22 au Code : « *Sibi imputet, si, quod sæpius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit.* » Il s'agit là d'une ratification qui doit rétroagir.

4° Enfin, l'intercession est valable lorsqu'elle est consentie par acte public.

Justinien décide que les femmes ne pourront jamais s'obliger pour d'autres que par un acte public signé de trois

témoins et que si cette formalité n'a pas été remplie, toute l'opération sera considérée comme étant nulle (Loi 23 § 2, Code h. t.).

Ce texte assez obscur a donné lieu à bien des controverses.

La majorité des auteurs en a conclu que c'était là une condition essentielle dont la violation constituait la nullité de l'intercession même dans les cas où celle-ci est autorisée et déclarée valable.

Nous ne pensons pas que les termes employés commandent cette solution. Nous estimons plutôt que cette nécessité d'un acte public n'est pas imposée dans les cas où l'engagement de la femme est déjà validé pour d'autres motifs, mais que l'accomplissement d'une pareille formalité crée, au contraire, un cas nouveau d'exception au sénatus-consulte Velléien. Ainsi que le dit M. Gide (1), cette dernière innovation n'est que le développement des précédentes. S'il suffit, pour valider l'engagement de la femme, qu'elle ait manifesté une ferme intention de s'obliger, soit en confirmant et en réitérant sa promesse, soit en déclarant qu'elle avait un intérêt personnel à intercéder, ne devra-t-il pas en être de même lorsque l'acte d'*intercessio* présentera les meilleures garanties possibles d'une volonté libre, c'est-à-dire les solennités tutélaires d'un acte public !

De cette façon, l'ensemble des réformes de Justinien se

1. Gide. *Condition privée de la femme*, p. 218.

trouve réuni par un lien logique. Au lieu de frapper l'intercession des femmes d'une façon absolue, comme l'avait fait le Sénat, il se contente d'exiger, pour qu'il soit valable, certaines formalités et certaines garanties.

2° *Intercession au profit du mari.*

Dans le cas où la femme intercède au profit de son mari, Justinien renforce la prohibition du Sénat. L'intercession est toujours nulle, d'une nullité radicale et absolue (Novelle 134, *Si qua mulier*).

Une seule exception est admise. C'est lorsqu'il est certain que l'argent a été employé dans l'intérêt de la femme. « *Si manifeste probatur quod pecuniæ in propriam ipsius mulieris utilitatem expensæ sunt.* » Une exception de ce genre semble bizarre, car elle paraît moins une exception qu'une application de la règle elle-même. En réalité, il n'y a pas d'intercession, dans ce cas, au sens du sénatus-consulte Velléien. Pour écarter toute anomalie, il faut admettre que la Novelle de Justinien a étendu encore la prohibition du sénatus-consulte et l'a appliquée à des actes tels que l'intercession d'une femme pour son mari, mais dans son propre intérêt.

DROIT FRANÇAIS

DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

DE LA FEMME MARIÉE

INTRODUCTION HISTORIQUE

Afin de contrebalancer la puissance maritale, le législateur a toujours jugé à propos d'accorder à la femme certaines garanties pour la restitution de sa fortune. Parmi ces garanties figure l'hypothèque légale dont les biens du mari sont grevés à son profit.

Le droit romain l'avait admise avec une étendue plus ou moins grande suivant les époques. Du droit romain, elle passa dans notre ancienne jurisprudence, puis dans le droit intermédiaire et enfin dans le Code Civil qui la maintint en décidant qu'elle frapperait les immeubles présents et à venir du mari et qu'elle prendrait rang indépendamment de toute inscription.

Assurément cette hypothèque présentait de véritables avantages. Il n'est pas moins certain qu'elle était nuisible au crédit du mari qu'elle atteignait très gravement.

Déjà dans l'ancien droit, on chercha un moyen de rassurer les tiers qui, voulant traiter avec un homme marié, redoutaient les effets des garanties extraordinaires accordées à la femme. « *Certum est*, nous dit Accurse, *quod mulier habet omnia bona mariti tacite hypothecata pro dote sua; pone ergo quod aliquis vult contrahere cum marito alicujus mulieris, sed dubitat contrahere quia sunt omnia bona sua obligata mulieri, an ipso possit renunciare juri hypothecæ vel pignori quæritur. Respondeo quod sic* » (1). Mais cette renonciation de la femme était illusoire : si le mari était insolvable par la suite, on admettait qu'elle pouvait exercer ses droits hypothécaires au détriment des tiers à qui elle les avait cédés.

Ces tiers trouvèrent une garantie plus sérieuse dans la pratique du *sous-ordre*, procédure par laquelle les créanciers faisaient valoir leurs droits sur les créances hypothécaires de leur débiteur.

Le sous-ordre était, ainsi que le définit Pothier, l'ordre dans lequel la somme pour laquelle un créancier a été colloqué est distribuée entre les créanciers de ce créancier.

Selon quelles règles était répartie la collocation du débiteur commun ? Ici commençaient les difficultés.

1. Accurse, Comm. sur la loi 21 Code ad S. C. Velleianum.

Dans les coutumes qui admettaient l'hypothèque sur les meubles, cette collocation était distribuée entre les créanciers suivant leur rang d'hypothèque.

Au contraire, dans les coutumes qui repoussaient l'hypothèque sur les meubles, la règle était que l'émolument des créances étant chose mobilière devait être distribué par contribution. Cette règle fut cependant modifiée, dans le ressort de certains parlements, en ce qui concernait le produit des créances hypothécaires. C'est ainsi que le Parlement de Paris admettait que les créanciers étaient colloqués dans le sous-ordre et sur les créances hypothécaires suivant leur rang d'hypothèque. Cette jurisprudence se maintint malgré de vives critiques. « Il n'est pas facile, observe de Héricourt, de découvrir sur quoi elle est fondée. Il semble que si l'on voulait décider cette question sur les principes généraux, il faudrait suivre les mêmes règles dans la distribution des collocations en sous-ordre, que dans les saisies des sommes mobilières. En effet, un créancier n'a point d'hypothèque sur les immeubles du débiteur de son débiteur, et le but de l'opposition du sous-ordre que forment les créanciers d'un créancier hypothécaire du bien saisi, n'est que d'être colloqué sur une partie du prix du bien saisi qui pourra revenir à son débiteur. Ainsi l'action qui donne lieu à l'opposant en sous-ordre de se pourvoir ne tendant qu'à être payé d'une somme, est purement mobilière, et ce qui en provient paraîtrait devoir être distribué comme mobilier suivant l'ordre des saisies ou par contribution au sol la livre, en cas qu'il ne se trouvât point dans

la collocation utile du créancier de quoi satisfaire à tous les créanciers opposant en sous-ordre (1). »

C'est Pothier qui entreprit de répondre à ces critiques et de donner un fondement juridique à cette pratique. « On pourrait objecter, dit-il, que cette somme, pour laquelle le créancier est colloqué, n'étant qu'une chose mobilière devrait se distribuer entre les créanciers de ce créancier au marc la livre de leurs créances, et non point par ordre d'hypothèque. La réponse est que si les créanciers de ce créancier ne s'étaient pourvus que depuis le décret par saisie et arrêt de la somme pour laquelle il a été colloqué, cette somme se distribuerait effectivement comme chose mobilière, au marc la livre entre tous ; mais s'étant opposé au décret de l'héritage, pour venir en sous-ordre de la somme pour laquelle leur débiteur commun serait colloqué, c'est le droit d'hypothèque, qu'avait leur débiteur commun, qu'ils ont saisi, un droit dans l'héritage, un droit par conséquent immobilier ; c'est pour cette raison qu'ils doivent venir par ordre d'hypothèque (2). » En un mot, comme il le dit dans son *Traité des hypothèques*, le droit d'hypothèque est susceptible lui-même d'hypothèque.

Si la doctrine de Pothier avait eu le temps de se compléter et de se répandre, l'affectation des garanties hypothécaires de la femme mariée aux droits des tiers n'aurait plus rencontré d'obstacles. Toutefois il convient de remar-

1. De Héricourt, *Traité de la vente des immeubles par décret*, 1752.

2. Pothier, *Procédure civile*, part. IV, ch. 2, sect. 5, art. 1253.

quer que l'hypothèque, comme tout bien immobilier, était susceptible d'hypothèque, mais seulement en cas d'hypothèque générale, au seul profit de ceux à qui tous les biens du débiteur étaient engagés.

D'ailleurs, avant même que cette doctrine eût porté ses fruits, ses applications pratiques furent suspendues. En effet, la loi du 9 messidor an III, tout en conservant les sous-ordres, décida que « dans le concours de plusieurs opposants en sous-ordre sur un même débiteur, au cas d'insuffisance pour les solder, il n'y a lieu à aucune distinction, aucune préférence ni ordre d'hypothèque sur les deniers qui lui appartiennent, lesquels doivent être distribués entre eux au marc la livre (art. 90). » C'était la condamnation de la pratique du Parlement de Paris, le renversement de la théorie que Pothier venait d'édifier.

Il est vrai que cette loi ne fut jamais exécutée. De plus, la loi du 11 brumaire an VII n'ayant pas parlé de sous-ordre, le tribunal d'appel de Paris décida, le 15 frimaire de l'an XII, que le sous-ordre n'avait pas été aboli et qu'ainsi la collocation d'un créancier hypothécaire devait être distribuée, par ordre d'hypothèque, entre ses propres créanciers opposants en sous-ordre. Mais le Code Napoléon étant resté muet sur cette procédure, et l'article 2118 ne rangeant pas l'hypothèque parmi les biens susceptibles d'être hypothéqués tandis que l'article 2159 prohibait expressément l'hypothèque sur les meubles, la jurisprudence ne tarda pas à se prononcer dans le sens de l'abolition des sous-ordres.

Du reste, l'article 778 du Code de procédure (devenu l'article 775 depuis la loi du 21 mai 1868) vint, en 1806, trancher la question. Il porte, en effet, « que le montant de la collocation du débiteur sera distribué comme chose mobilière entre tous les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre. »

Le sous-ordre était aboli.

Il reparut cependant, sous une autre forme, au moyen d'une combinaison nouvelle qui chercha à éluder la loi en la tournant. Cette combinaison, c'est précisément la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Cette hypothèque donnée à la femme pour sûreté de ses reprises n'est pas d'une utilité actuelle pendant le mariage. Elle garantit des créances encore indéterminées. Or, comme on l'a fait très judicieusement remarquer, c'est un besoin du crédit qu'il soit possible d'affecter spécialement les créances hypothécaires à l'acquit des obligations (1). Pourquoi ne serait-il donc pas permis à la femme d'utiliser son hypothèque comme un moyen de crédit à son profit ?

En outre, étant générale et garantissant des créances dont le chiffre n'est pas encore connu, cette hypothèque paralyse le crédit du mari. Pourquoi la femme ne pourrait-elle pas la transporter à un tiers, et, en la lui cédant en garantie, la transformer ainsi en un moyen de crédit au profit de son mari ?

La subrogation fut imaginée pour atteindre ces buts di-

1. Beudant. *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres. Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1866.

vers. En effet, d'après la jurisprudence, l'article 775 du Code de procédure cessait d'être applicable quand le créancier du créancier colloqué se présentait comme subrogé à l'hypothèque de son débiteur. Le subrogé était d'abord colloqué en sous-ordre par préférence aux créanciers non subrogés ; en outre, en cas de subrogations successives, les subrogés étaient colloqués suivant l'ordre des subrogations.

C'est-à-dire, ainsi que l'observe M. Beudant (1), que, au moyen et sous le couvert de la subrogation, la pratique en est revenue à l'usage des sous-ordres où les créanciers étaient colloqués par ordre ; les ayant-cause du créancier obtiennent, sous le nom de subrogés, des droits que l'article 775 du Code de procédure avait précisément pour but de leur enlever sous le nom de créanciers. La seule différence, c'est que le droit pour les sous-créanciers de venir par ordre sur l'émolument des créances hypothécaires était légal au Parlement de Paris et dès lors commun à tous ; tandis qu'il n'est aujourd'hui que conventionnel et n'appartient dès lors qu'à ceux qui en ont été spécialement investis.

C'est ainsi que prit naissance la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées, œuvre des praticiens, en dehors et à côté de la loi. Elle apparaît comme un moyen pour la femme de se procurer du crédit et d'en procurer à son mari.

Longtemps sa légalité fut contestée. On prétendait en

1. Voir notamment un arrêt de la Cour de Paris du 15 janvier 1813.

2. Op. cit.

effet que les articles 2144 et 2145 C. civil, prévoyant le cas de réduction de l'hypothèque légale effectuée sur la demande du mari, devaient s'appliquer aux abdications de la même hypothèque consentie par la femme au profit d'un tiers. Mais la jurisprudence n'hésita pas à décider que ces articles ne sont pas applicables à la subrogation.

Aussi la légalité de ces opérations avait-elle fini par prévaloir dans la pratique. Le décret du 28 février 1852 et l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 sont venus la consacrer formellement.

Les controverses ne sont pourtant pas épuisées. Si la loi de 1855 a reconnu la légitimité des subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées, si elle a réglementé leur forme et leur mode de publicité, elle n'a pas moins laissé indécises une foule de questions qui sont encore aujourd'hui très vivement discutées.

BUT ET NATURE

DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DES FEMMES MARIÉES.

La subrogation est une convention par laquelle la femme abandonne à un tiers ses garanties hypothécaires. Ainsi comprise, l'opération peut intervenir en faveur de personnes diverses.

1° La femme subroge, par exemple, son propre créancier.

Tout créancier peut, en vertu de l'article 1166 C. civ., exerçant les droits de sa débitrice, saisir l'immeuble du mari et faire ouvrir un ordre. Mais dans cet ordre il viendra au marc le franc avec tous les cocréanciers de la femme. Si celle-ci veut lui faire obtenir un rang de préférence sur la collocation hypothécaire à laquelle elle a droit, elle le subrogera à son hypothèque. Le subrogé primera les créanciers simplement chirographaires. Si plusieurs sont subrogés, la publicité donnée à ces subrogations déterminera l'ordre dans lequel ils seront colloqués.

2° Il est possible que la femme subroge un créancier de son mari. C'est un moyen pour elle de reconstituer le crédit de ce dernier. Le créancier ainsi subrogé n'aura plus à

redouter l'hypothèque légale de la femme ; il pourra même l'utiliser pour le recouvrement de sa créance.

Ce créancier subrogé peut être un créancier chirographaire du mari ; il peut être aussi un créancier hypothécaire auquel la femme cède son rang d'hypothèque légale en échange du rang inférieur qu'il occupait et qu'elle vient occuper à sa place.

La femme ne cesse pas d'être créancière de son mari ; mais elle cesse d'être créancière hypothécaire dans la mesure pour laquelle les subrogés ont obtenu paiement au moyen de son hypothèque légale.

3° Souvent aussi la femme subroge un tiers acquéreur d'un immeuble du mari. C'est l'opération qui s'appelle pratiquement renonciation et qui, suivant les cas, s'analyse, comme nous le verrons, tantôt en une simple promesse d'abstention, tantôt en une véritable subrogation.

4° On conçoit enfin que la femme subroge un tiers qui n'est ni son créancier ni celui du mari. Ce tiers, outre son droit de poursuite personnelle contre son débiteur, acquiert un droit de poursuite hypothécaire contre l'immeuble hypothéqué. C'est un des cas de cession d'hypothèque pour garantie d'une dette étrangère au propriétaire du bien hypothéqué (art. 2090 C. civ.).

Quel est maintenant le caractère juridique de l'opération et par quel procédé les tiers sont-ils ainsi substitués à la femme dans le bénéfice de son hypothèque ? — Ce sont là autant de questions essentiellement controversées. L'article 9 de la loi du 23 mars 1855, comme nous l'avons dit, ne

s'est préoccupé que des conditions de forme et de publicité nécessaires à la validité de la subrogation. Il n'a pas parlé de la nature même de l'acte.

Ce qui est certain, et cela résulte de la définition déjà donnée, c'est que la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée ne présente que des analogies très lointaines avec la subrogation des articles 1251 et suivants du Code civil. Celle-ci suppose un paiement ; celle-là n'en implique aucun. Tandis que l'une s'opère par l'extinction d'une obligation, l'autre laisse subsister la créance primitive.

Cette différence établie, la question posée n'en reste pas moins entière : comment la femme transmet-elle son droit et quel est au juste le droit transmis ?

Pour certains auteurs, l'hypothèque ne peut être cédée indépendamment de la créance qu'elle garantit. Cette thèse est le trait commun qui réunit un nombre assez considérable d'opinions divergentes d'ailleurs quant aux conséquences à déduire de ce prétendu principe. C'est ainsi que, une fois admis que la subrogation consentie par la femme à son hypothèque légale attribue à la fois au subrogé sa créance et son hypothèque et qu'elle ne peut attribuer l'une sans l'autre, ceux-ci voient dans l'opération un transport-cession, ceux-là un nantissement.

Mais ces conclusions nous paraissent inadmissibles en elles-mêmes. En effet, tout transport-cession est une vente supposant un prix qui fait ici défaut. En outre, la condition essentielle du nantissement est la remise en gage,

entre les mains du créancier, des titres de créance : or, cette remise n'existe pas en général dans l'espèce puisque la créance de la femme est le plus souvent indéterminée lors de la subrogation. Nous ne prétendons pas dire que la cession de la créance elle-même soit impossible, mais cette cession n'est pas le but ordinaire des subrogations (1).

D'ailleurs, ces auteurs dont nous critiquons la doctrine nous semblent être partis d'un principe faux en affirmant que l'hypothèque ne peut être cédée sans la créance dont elle est la sûreté.

Il n'y a pas en effet entre la créance et l'hypothèque un lien tellement intime qu'on ne puisse les isoler. Il est bien vrai que l'hypothèque, droit accessoire, ne peut exister sans une créance, droit principal. Mais il n'est pas moins vrai que la même hypothèque peut se transporter d'une créance à une autre. Cette opération est même si juridique que le Code la prévoit et en fournit un exemple dans l'article 1278.

De plus, le créancier qui se fait céder l'hypothèque de la femme n'a pas besoin qu'elle lui cède en même temps sa créance ; il ne peut être deux fois créancier. A la vérité, lorsque le cessionnaire aura obtenu une collocation, cette collocation éteindra du même coup et jusqu'à due concurrence les créances hypothécaires de la femme, car il n'est pas possible qu'en vertu d'une même hypothèque on bénéficie

1. Par exemple, le mari doit à la femme une somme. La femme peut vendre sa créance à un tiers, ou recevoir paiement de ce tiers qu'elle subrogera dans tous ses droits contre son mari.

du montant de deux créances. Mais, en réalité, il n'y a aucune cession directe de la créance. Seulement, la cession d'hypothèque a pour résultat de faire que la femme ne peut se prévaloir de son hypothèque dans la mesure de la collocation obtenue par le cessionnaire.

Dira-t-on que l'article 775 du Code de procédure prohibe cette cession ? Mais, ainsi que nous l'avons dit, la jurisprudence a toujours reconnu que cet article, en abolissant les sous-ordres, n'a pas condamné la cession spéciale de l'hypothèque. Ainsi que fait si judicieusement remarquer M. Colmet de Santerre (1), « ce qu'il s'agissait d'interdire comme étant particulièrement nuisible au crédit, c'était l'intervention des créanciers ayant hypothèques générales et qui, à raison de ces hypothèques, venaient en grand nombre compliquer les opérations d'un ordre. Le danger est loin d'être le même quand il ne s'agit pas de créanciers à hypothèques générales, mais de créanciers à qui une convention spéciale a transféré le droit d'hypothèque : l'article 775 ne fait pas plus obstacle à leur collocation qu'à celle de plusieurs cessionnaires partiels de la créance colloqués hypothécairement. »

Rien donc ne s'oppose à la cession de l'hypothèque indépendamment de la cession de la créance, de même que rien ne s'oppose à ce que cette hypothèque cédée porte sur un immeuble autre que celui du débiteur.

Il semble d'ailleurs qu'aucune incertitude ne devrait

1. M. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*.

subsister sur la validité de l'opération telle que nous l'entendons depuis la loi du 23 mars 1855. L'article 9 est en effet formel. « Dans tous les cas, dit-il, où les femmes peuvent *céder leur hypothèque légale ou y renoncer*.... »

La loi parle bien de cession de l'hypothèque et non de cession de la créance. Ajoutons que les travaux préparatoires de cette loi achèvent de fortifier cette interprétation.

L'article 2127 du projet du gouvernement de 1850, spécial aux subrogations consenties par les femmes mariées, portait : « les femmes ne peuvent céder leurs droits à l'hypothèque légale ou y renoncer en faveur des tiers que par acte authentique... » De son côté, l'article 2139, applicable à toutes les subrogations, était ainsi conçu : « le créancier à qui l'hypothèque a été consentie, ses héritiers ou ses ayant-cause pourront céder cette hypothèque ou son rang d'antériorité, mais seulement par acte authentique. » Il s'agissait, comme on le voit, de cession d'hypothèque, et non de cession de la créance. C'est même pour ce motif que les deux commissions de l'Assemblée législative et du conseil d'État refusèrent d'adhérer au projet et en modifièrent le texte. Le rapporteur de la commission de l'Assemblée disait, en parlant de la cession de l'hypothèque seule : « ce genre de cession est contraire aux principes et sujet à de graves inconvénients (1)... » D'autre part, au nom de la commission du conseil d'État, M. Bethmont déclarait qu'une semblable cession ne se

1. Rapport de M. de Vatimesnil, du 25 août 1850.

conçoit pas. On doit exprimer formellement la faculté de céder la créance hypothécaire, mais non la faculté de céder l'hypothèque comme droit distinct, détaché de l'obligation (1). » En conséquence deux contre-projets modifiant les articles 2127 et 2139 du projet du gouvernement furent déposés. Aux mots « céder l'hypothèque », ils substituaient formellement les expressions « céder la créance hypothécaire » qui écartaient toute équivoque.

Aucun de ces projets, il est vrai, ne reçut de consécration législative par suite des événements politiques. Néanmoins ils servirent de base aux travaux de réforme qui, repris en 1853, aboutirent à la loi du 23 mars 1855. Le projet délibéré en Conseil d'Etat fut ainsi rédigé : « les femmes ne peuvent céder leurs droits à l'hypothèque légale.... (art. 11 devenu l'art. 9). » L'exposé des motifs est muet sur le sens de ces expressions, mais la commission du Corps législatif exprima d'une façon plus nette sa pensée dans les termes suivants qui furent définitivement adoptés par l'Assemblée : « Dans le cas où les femmes ne peuvent *céder leur hypothèque légale*... C'était donc un retour au projet primitif du Gouvernement en 1850. Et comment prétendre, comme le fait M. Bertauld, que l'expression insérée dans l'article 9 de la loi soit sans portée et ne détermine en aucune façon la nature juridique de l'opération ? Après toutes les discussions qui avaient eu lieu, ce changement de rédaction est pour nous d'une importance

1. Rapport du 9 juillet 1850.

et d'une précision incontestables et il nous paraît trancher définitivement la question dans le sens que nous avons indiqué.

Nous concluerons donc, de tout ce qui précède, que la subrogation à l'hypothèque légale de la femme est une convention *sui generis* par laquelle celle-ci transporte à un tiers son hypothèque légale. Naturellement, elle la lui transporte telle qu'elle l'a, c'est-à-dire telle qu'elle est et telle qu'elle comportera, soumise par conséquent à toutes les éventualités de l'avenir.

FORMES DIVERSES

DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DES FEMMES
MARIÉES,

Pour définir l'acte juridique par lequel la femme transporte à un tiers ses garanties hypothécaires, nous n'avons jusqu'à présent employé qu'un seul mot, celui de subrogation. Toutefois, ce n'est pas en général sous cette dénomination que l'opération se présente dans la pratique. Suivant les circonstances, elle prend des noms variés qu'il importe de connaître. Est-ce à dire que son caractère et ses effets diffèrent suivant l'appellation employée ? Nous ne le pensons pas. Que l'opération soit appelée cession d'hypothèque, cession d'antériorité, renonciation, il n'y a pas de différences essentielles. Tel est le principe. Dans tous les documents relatifs aux travaux préparatoires de la réforme hypothécaire, les cessions, renonciations et subrogations sont toujours considérées comme ayant même nature et produisant mêmes effets. Ces diverses combinaisons sont réunies dans les mêmes textes et soumises à des règles pareilles. Les divers rapports de MM. de Vatimesnil et Bethmont, celui de M. de Belleya, finalement le texte de la loi de 1885, semblent les confondre (1).

1. L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 se sert des mots *renonciation*

Cependant il convient de ne rien exagérer. Le législateur n'a pas exaucé le vœu de la Faculté de Rennes qui voulait donner à tout traité relatif à l'hypothèque légale de la femme mariée un effet toujours identique et indépendant de sa dénomination (1). Il faudra donc tenir compte de la volonté des parties. C'est ainsi que, dans l'interprétation des clauses de renonciation, nous donnerons au traité une étendue plus ou moins grande suivant l'intention ou formelle ou tacite, mais clairement apparente, des parties contractantes. C'est ainsi encore que la cession que la femme fait de son hypothèque légale devra être considérée tantôt comme une véritable cession, tantôt comme une simple promesse d'abstention.

On conserve en général la dénomination de cession ou de subrogation pour le cas où la femme transporte sa garantie hypothécaire à un de ses créanciers personnels ou à un créancier simplement chirographaire du mari. Dans le premier cas, la femme transforme son hypothèque légale en un élément de crédit à son profit. Le subrogé prendra sa place dans l'ordre ouvert sur l'immeuble du mari, au rang de l'hypothèque légale de la femme et jusqu'à concurrence de sa propre créance. Dans le second cas, l'effet de la subrogation est de rendre hypothécaire la créance qui n'était que cédulaire. Le créancier se fait colloquer du montant de sa créance au lieu et place de la femme. Celle-

et *cession* dans le 1^o. Dans le 2^o, il emploie le terme générique *subrogation* comme embrassant la renonciation et la cession.

1. *Doc. hyp.*, t. II, p. 462.

ci devient simple chirographaire dans la mesure pour laquelle le subrogé a été désintéressé.

On réserve l'appellation de cession d'antériorité pour le cas où la subrogation est consentie en faveur d'un créancier qui a lui-même une hypothèque sur les biens du mari. L'effet de la subrogation est de lui donner le rang de la femme tandis que celle-ci prend la place qu'il occupait. Si la créance de la femme est égale à celle du subrogé, ils sont simplement colloqués l'un pour l'autre dans l'ordre ; si la créance du subrogé est inférieure à celle de la femme, celle-ci continuera à être colloquée pour le surplus au premier rang avec le subrogé.

Faut-il décider de même si le subrogé avait une hypothèque sur des biens du mari non compris dans la subrogation ? — Nous ne le pensons pas. Il nous semble qu'à moins d'une clause formelle, si le créancier est payé au moyen de l'hypothèque de la femme, celle-ci ne pourra pas se prévaloir de l'hypothèque appartenant au créancier. Ainsi, si la femme est débitrice directe de ce créancier, conjointement ou solidairement avec son mari, le subrogé pourra perdre impunément son hypothèque sans avoir à craindre un recours de la part de la femme. Dans ce cas, en effet, celle-ci est bien réputée caution envers son mari (1431), mais elle n'est pas moins débitrice principale vis-à-vis du créancier. Toutefois il en serait autrement si la femme, au lieu d'être engagée personnellement envers le créancier, joue simplement le rôle de caution hypothécaire.

En vertu de l'article 2037, elle aurait, croyons-nous, le

droit de faire annuler la subrogation si le subrogé laissait perdre son hypothèque.

En résumé, si le subrogé était créancier hypothécaire du mari sur des biens non compris dans la subrogation, la subrogation consentie par la femme aboutit à une cession d'hypothèque, mais non à une cession d'antériorité. Celle-ci implique que le subrogé a déjà lui-même une hypothèque sur les biens compris dans la subrogation. La cession d'antériorité s'analyse bien encore en une cession d'hypothèque; mais, de plus, la femme, pour la somme dont elle sera privée par le créancier cessionnaire, viendra exercer l'hypothèque de ce créancier. Il y a échange de rang.

Ainsi interprétée, la cession d'antériorité ne saurait exister pour ceux qui n'admettent pas la possibilité juridique d'isoler l'hypothèque de la créance (1). Elle concorde au contraire parfaitement avec l'opinion admise par nous que l'hypothèque peut être cédée indépendamment de la créance qu'elle garantit. De même que la cession d'hypothèque, la cession d'antériorité ne confère pas au concessionnaire un droit certain. Son efficacité dépend de la liquidation ultérieure des droits de la femme.

La cession d'antériorité peut être soit générale, soit spéciale.

Ainsi, une femme a une hypothèque légale de 60.000 fr. en 1878. Le mari confère en 1879 une hypothèque sur l'immeuble A à Primus pour 40.000 fr. ; en 1880, à Se-

1. Bertauld. *De la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées*, p. 21.

cundus pour 60.000 fr., et enfin à Tertius pour 40.000 fr. Ce dernier s'est fait céder le droit d'antériorité de la femme sur tous les immeubles du mari. Si l'immeuble A vient ensuite à être vendu 180.000 fr., comment va se répartir cette somme ? Tertius qui a pris la place de la femme viendra en première ligne pour ses 40.000 fr. ; la femme aura les 20.000 fr. d'excédant. Primus et Secundus seront intégralement payés. Quant aux 20.000 fr. restant, ils seront attribués à la femme au lieu et place de Tertius, tandis que s'il n'y avait eu que simple cession d'hypothèque, la femme aurait été créancière simplement chirographaire pour les 40.000 fr. qui lui restent dus. Si nous supposons que c'est un autre immeuble du mari qui a été vendu, Tertius viendra encore exercer l'hypothèque de la femme sur cet immeuble ; puis, quand postérieurement, l'immeuble A sera mis en vente, la femme prendra sur cet immeuble le rang de Tertius.

Supposons maintenant une cession spéciale. La femme n'a cédé à Tertius son droit d'antériorité que sur l'immeuble A que le mari avait déjà affecté spécialement à ce créancier. L'immeuble étant vendu 180.000 fr., Tertius se paiera d'abord sur la collocation de la femme. Celle-ci prendra les 20.000 fr. d'excédant, et viendra ensuite au rang de Tertius pour 20.000 fr. Pour le surplus, elle sera créancière chirographaire si le mari n'a pas d'autre immeuble sur lequel elle puisse exercer sa créance d'indemnité. Mais si, par hasard, l'immeuble n'était vendu que 20.000 fr., le créancier cessionnaire qui, dans le cas d'une cession

d'antériorité générale, aurait pu recourir pour le surplus sur d'autres immeubles du mari affectés par l'hypothèque légale de la femme, ne le pourra pas dans ce cas.

Contre la cession d'antériorité telle que nous l'avons entendue, on a dirigé plusieurs objections. « Il faut bien reconnaître, dit M. Bertauld, qu'une convention de ce genre n'est pas toujours inoffensive pour les tiers. Primus est propriétaire de deux immeubles, l'immeuble A et l'immeuble B valant chacun 20,000 fr., il emprunte 20,000 avec hypothèque sur les deux immeubles. Puis, il fait un second emprunt de 20,000 fr. également avec hypothèque sur les deux immeubles. Enfin, il fait un troisième emprunt de 20,000 avec pareille hypothèque, et le premier prêteur abandonne au troisième prêteur son premier rang sur l'immeuble A. Il garde son droit sur l'immeuble B, et il l'exerce au préjudice du second prêteur dont, sous ce rapport l'attente n'est pas trompée. Mais l'exercice du droit du premier prêteur sur l'immeuble B devait rendre libre l'immeuble A, tandis que par l'effet de la cession de rang sur l'immeuble A le troisième prêteur a pris la place du premier, et c'est le second prêteur qui sera sacrifié. Ce second prêteur ne viendra pas en ordre utile, si les principes ne déjouent pas la combinaison organisée contre lui. »

Mais ce raisonnement est inexact. Les créanciers ne sont pas, comme le suppose M. Bertauld, colloqués pour le montant de leur inscription sans qu'on se préoccupe de savoir si leur créance existe encore. Ainsi, le premier prêteur désintéressé sur l'immeuble B n'a plus d'hypothèque sur

l'immeuble A puisque la créance qu'elle garantissait n'existe plus. La cession de priorité ne peut faire survivre l'inscription à l'extinction de la créance. Tant que la créance existe, le cessionnaire peut s'en prévaloir ; mais dès qu'elle est éteinte, l'hypothèque s'éteint de plein droit (2180-1°). Le second prêteur ne sera donc pas sacrifié.

Ainsi, faisant application de ces idées à la matière qui nous occupe, supposons que le mari a deux immeubles. L'immeuble A est affecté à la femme pour 80.000 fr. ; à Primus pour 120.000 fr., à Secundus pour 100.000 fr. ; à Tertius pour 80.000 fr. Mais la femme a fait à Tertius une cession d'antériorité sur cet immeuble seul. L'immeuble B est affecté à la femme pour la même somme de 80.000 fr., à Paul pour 120.000 fr. à Pierre pour 40.000 fr. Si la femme produit dans l'ordre ouvert sur l'immeuble B, son hypothèque légale sera éteinte et, par voie de conséquence, son hypothèque sur l'immeuble A disparaîtra. De sorte que la cession faite à Tertius ne lui profitera pas et que Primus et Secundus n'auront pas à se plaindre.

Il n'est pas douteux en effet que la femme a le droit de se présenter à l'ordre ouvert sur l'immeuble qu'il lui convient de choisir. C'est une conséquence de son hypothèque générale, et, pourvu qu'elle ait agi sans fraude, elle sera à l'abri de toute poursuite de la part du cessionnaire auquel la cession ne profitera pas. Ce dernier ne peut, s'il est prudent, que se faire consentir une cession d'antériorité sur tous les immeubles du mari.

La cession d'antériorité étant une cession de rang, il est évident que le créancier cessionnaire ne pourrait plus s'en prévaloir si la créance de la femme n'existait plus.

Mais que décider si le cessionnaire avait perdu son droit hypothécaire. Par exemple, il a laissé périmer son inscription faute de renouvellement ? Peut-il prendre le rang de la femme sans lui offrir le sien propre qu'il a perdu ? La Cour de Paris (1) a jugé que, dans ce cas la cession de priorité devait tomber et que la femme reprenait le rang que son hypothèque légale lui assignait. Mais, d'après plusieurs arrêts de cassation, la cession d'antériorité doit avoir son effet en faveur du créancier alors même qu'il a laissé périmer l'inscription (2). Ajoutons que, tout en décidant dans le même sens, la Cour de Riom, comprenant combien il était injuste de maintenir le contrat au profit de celle des parties qui avait une faute à se reprocher, a pensé que le cessionnaire devait indemniser la femme du préjudice qu'il lui causait par sa négligence (3).

Tels sont les traits généraux de la cession d'antériorité qu'il faut se garder de confondre avec la simple promesse d'abstention, comme l'ont fait certains jurisconsultes. Ainsi, d'après Benech, la cession d'antériorité serait l'acte par lequel la femme « tout en conservant son hypothèque, promet à un créancier hypothécaire de ne pas s'en prévaloir vis-à-vis de lui, mais en conservant tous les avantages

1. Cour de Paris, 24 août 1853.

2. Cassation, 8 août 1854 et 9 août 1865.

3. Riom, 3 août 1863.

de son rang vis-à-vis de tous les autres créanciers. » Une pareille interprétation nous semble tout à fait contraire aux termes employés par les parties. Lorsque la femme déclare céder son rang hypothécaire, elle n'entend pas signifier par là qu'elle renonce simplement à s'en prévaloir vis-à-vis du créancier. Ainsi que nous le verrons d'ailleurs, la convention ainsi restreinte dans sa portée serait dans la plupart des cas sans utilité pour ce créancier.

Il est une dernière forme de la subrogation très usitée. C'est même ainsi qu'elle se présente le plus fréquemment dans la pratique. Cette forme, c'est la renonciation. Ça été le premier moyen imaginé pour mettre les tiers à l'abri des inconvénients produits par les charges occultes dont l'hypothèque légale grève les biens du mari.

Au profit de qui la renonciation peut-elle intervenir et quels sont ses effets ?

En général, elle s'analyse en une véritable cession d'hypothèque. On dit alors qu'elle est translatrice. Il est vrai qu'on a beaucoup discuté autrefois la question de savoir si une renonciation pouvait être autre chose qu'extinctive. Le sens usuel du mot renonciation semblait le faire croire au premier abord. Mais on admet aujourd'hui que la renonciation en faveur d'une personne (*renunciatio in favorem certæ personæ*) équivaut à la transmission des droits du renonçant. Le Code civil lui-même (art. 780) interprète le mot renonciation dans le sens d'un transport. En outre, la loi de 1855 a consacré cette idée en réunissant sous le nom de cessionnaires ceux auxquels la femme

a consenti une renonciation, aussi bien que ceux auxquels elle a consenti une cession de son hypothèque. D'ailleurs, il s'agit surtout ici d'interpréter l'intention des parties ; or, dans la plupart des cas, une renonciation simplement extinctive ne répondrait pas au but qu'elles se sont proposé.

En effet, la renonciation intervient tantôt en faveur d'un créancier du mari, tantôt en faveur d'un tiers acquéreur d'un immeuble de ce dernier.

Dans le premier cas, une renonciation extinctive ne suffirait pas à rassurer le créancier. Si l'on veut assurer les résultats qu'il a eus en vue, il faudra décider que la renonciation consentie au profit d'un créancier hypothécaire ou chirographaire du mari est translatrice. Une renonciation purement extinctive ne serait guère suffisante que dans un seul cas, celui où le créancier a une hypothèque venant immédiatement après celle de la femme. Dans tous autres cas, la renonciation extinctive, simple promesse d'abstention de la part de la femme, ne donnerait pas au créancier la sécurité qu'il recherche. Supposons en effet que la femme et trois créanciers : Primus, Secundus et Tertius sont inscrits sur les biens du mari, chacun pour 10,000 francs, et la femme a consenti une renonciation interprétée comme promesse d'abstention au profit de Tertius. L'immeuble est vendu 20,000 francs. La femme s'est engagée à ne pas user de son hypothèque en tant qu'elle nuirait à Tertius ; or, elle ne lui nuit pas car, à supposer qu'elle n'existe pas, les 20,000 francs seraient absorbés par Primus et Secundus

inscrits avant lui. La femme conserve donc son premier rang, et se fait colloquer pour les 10,000 francs qui lui sont dus. Tertius n'obtient rien. Au contraire, si la renonciation intervenue est considérée comme translatrice, interprétée comme cession d'hypothèque, Tertius est colloqué à la place de la femme, c'est-à-dire au premier rang, pour 10,000 francs. On pourrait appliquer le même raisonnement au cas où la femme a renoncé à son hypothèque en faveur d'un créancier chirographaire du mari. Les résultats varieront de même, à son préjudice ou en sa faveur, selon que la renonciation sera extinctive ou translatrice.

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la renonciation se produit au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari, elle sera, en général, entendue dans un sens restrictif, dans le sens d'une renonciation simplement extinctive. Son but est, en effet, de consolider la vente en affranchissant l'immeuble de la possibilité d'une surenchère de la part de la femme. Très souvent même, les parties contractantes s'en expliquent formellement en ajoutant à la clause de renonciation la stipulation suivante : « Et en conséquence, la femme dispense l'acquéreur de remplir à son égard les formalités de la purge ». Dès lors, l'effet de la renonciation est très nettement déterminé. Elle équivaut à la purge. Le droit de suite est éteint, mais le droit de préférence subsiste tant à l'égard de l'acquéreur que des créanciers chirographaires ou hypothécaires. Ainsi comprise, la renonciation satisfait l'acheteur toutes les fois que l'immeuble ne sera grevé que de l'hypothèque légale de la femme.

Mais s'il existe, en outre, d'autres créanciers hypothécaires, la renonciation simplement extinctive de la femme n'est d'aucune utilité. Placée au premier rang, à peu près sûre, par suite, d'obtenir ce qui lui est dû grâce à la survie de son droit de préférence, elle ne formerait presque jamais surenchère. Ceux qui la formeront, ce seront les créanciers hypothécaires de rang inférieur à celui de la femme et qui auront, par conséquent intérêt, afin d'être désintéressés, à ce que l'immeuble qui leur est affecté soit vendu au plus haut prix possible. C'est donc une éviction de la part de ces créanciers que redoutera l'acheteur. Il est vrai que, si elle se réalisait, il aurait contre le mari vendeur une action en dommages-intérêts ; mais ce recours, purement chirographaire, ne lui procure pas une grande sécurité. En résumé donc, une renonciation extinctive ne lui sera guère que d'une utilité illusoire. Au contraire, une renonciation translatrice, lui donnant le rang de la femme et lui permettant d'exercer son hypothèque lorsqu'il recourra en garantie, le met complètement en sûreté.

Tels étant les intérêts engagés, quand une renonciation sera-t-elle transmissive, quand sera-t-elle extinctive ? Il n'y a pas, à notre avis, de *criterium* théorique. C'est là une question de fait. Les tribunaux décideront souverainement selon qu'ils interpréteront l'intention des parties.

Il importe peu d'ailleurs que la renonciation soit expresse ou tacite. Elle peut se produire de deux manières. C'était l'opinion de notre ancienne jurisprudence, malgré quelques divergences, et c'est encore aujourd'hui l'opinion

générale. La seule difficulté est de savoir dans quel cas il y a renonciation tacite.

Il est possible que la femme intervienne à l'acte par lequel son mari s'oblige sans qu'on doive en conclure de sa part une renonciation. Elle peut, par exemple, s'engager personnellement et promettre au créancier qu'il sera payé, sans s'obliger à ne pas se prévaloir des garanties hypothécaires que la loi lui confère. Aussi convient-on généralement que l'engagement personnel pris conjointement ou solidairement par le femme envers un créancier de son mari dans une obligation contractée par celui-ci n'entraîne pas renonciation si le tiers n'est que créancier chirographaire du mari. La femme n'a alors d'autre but que de s'adjoindre comme codébitrice. Elle oblige, il est vrai, tous ses biens, et son hypothèque forme par conséquent le gage du créancier. Mais celui-ci, s'il veut s'en prévaloir, ne le pourra qu'en venant au marc le franc sur le montant de la collocation hypothécaire de la femme, subir le concours de tous les créanciers personnels de cette dernière.

A l'inverse, on convient ordinairement que l'engagement solidaire de la femme dans un acte par lequel le mari s'oblige et hypothèque en même temps un de ses immeubles emporte de sa part subrogation en faveur du créancier du mari. L'assentiment que donne la femme à la constitution du droit réel par son mari fait présumer qu'elle veut le consolider par l'abandon de son hypothèque légale (1).

1. Cassation, 25 février 1862.

De même, on présume, de la part de la femme, une renonciation tacite au profit de l'acquéreur d'un bien du mari lorsqu'elle concourt à l'acte de vente. Sa présence ne peut s'expliquer autrement, car le mari n'a nul besoin de l'assistance de sa femme pour vendre un de ses immeubles. Et il en est ainsi alors même que la femme n'a pas garanti solidairement la vente à l'acheteur (1).

1. Cassation, 26 août 1862.

EFFETS DE LA SUBROGATION

A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DES FEMMES MARIÉES

A

EFFETS A L'ÉGARD DES SUBROGÉS

Ainsi que nous l'avons vu, la subrogation est une convention par laquelle la femme transporte conditionnellement son hypothèque légale à un tiers.

Cette définition résultant de la nature juridique de la subrogation telle que nous l'avons entendue, était importante à rappeler ici. Elle nous semble, en effet, renfermer les principes essentiels d'où découlent logiquement les conséquences de l'opération.

Reprenons séparément ces principes.

Premier principe. — La subrogation est une convention par laquelle la femme *transporte* à un tiers son hypothèque légale. D'où il suit que :

1° L'article 775 du Code de procédure est écarté. Au lieu d'avoir un simple droit de concours comme les créanciers ordinaires, le subrogé est payé par préférence à eux sur le montant des créances hypothécaires de la femme ;

2° Entre subrogés, le montant des créances hypothécaires, au lieu de se répartir par contribution, est distribué par ordre, suivant la date de la publicité donnée à la subrogation.

Second principe. — La subrogation est une convention par laquelle la femme transporte *conditionnellement* à un tiers son hypothèque légale.

De ce principe découle la conséquence que la femme peut consentir plusieurs subrogations successives. La femme cédant son hypothèque telle qu'elle se comportera lors de la liquidation, les divers subrogés exerceront, chacun à leur rang, l'hypothèque cédée dans la mesure où elle n'aura pas été déjà exercée par les cessionnaires antérieurs.

Troisième principe. — La subrogation est une convention par laquelle la femme transporte conditionnellement *son hypothèque légale* à un tiers. La femme, avons-nous admis, cède son hypothèque légale indépendamment de sa créance. C'est là assurément le principe le plus important au point de vue des conséquences pratiques qu'il entraîne. C'est aussi le plus controversé. Nous croyons cependant l'avoir suffisamment établi lorsque nous avons traité du caractère juridique de la subrogation. Il ne nous reste plus qu'à en déduire les effets.

1° L'action personnelle reste aux mains de la femme ; le subrogé n'est investi que d'un droit de collocation hypothécaire.

Il en serait autrement si la cession portait sur la créance

même de la femme. Dans ce système, le subrogé est investi de l'action que la femme a contre son mari. Il devient créancier direct de ce dernier. Il pourra, même s'il n'était pas déjà son créancier avant la cession, prendre part à la distribution du prix de ses meubles.

Pour nous, au contraire, qui avons admis que l'hypothèque seule est cédée au moyen de la subrogation, nous devons repousser ces solutions et reconnaître que le subrogé n'a pas tous les droits de la femme. Il n'a que le bénéfice de son hypothèque. S'il n'était pas déjà créancier du mari lors de la subrogation intervenue, il n'a aucun droit direct contre lui. Si une distribution s'ouvre à la suite d'une vente de meubles de ce dernier, il n'a aucune qualité pour y venir.

2° La cession ne confère au subrogé qu'un droit éventuel subordonné à l'existence de droits au profit de la femme lors de la liquidation, et dans la limite de ces droits.

S'il était vrai que la subrogation fût la cession de la créance de la femme, le cessionnaire deviendrait titulaire d'un droit désormais certain, à l'abri de toute extinction possible du chef de la femme, à partir du moment où le transport aurait été signifié au mari ou accepté par lui conformément au droit commun. La créance, dès lors, résiderait en la personne du subrogé, et non plus en la personne de la femme (art. 1242, 1295, 1298 C. civil). La femme ne serait plus créancière ; le subrogé seul serait créancier.

Si, au contraire, la cession ne transmet que l'hypothèque seule, les droits du subrogé sont soumis aux vicissitudes qui atteignent, après la subrogation, les droits de la femme. Celle-ci, en effet, est demeurée créancière ; et l'hypothèque, aux mains du subrogé, ne cesse pas de rester l'accessoire de la créance dotale. Il en est ici comme au cas de cession d'usufruit. Le bénéficiaire acquiert bien le droit cédé mais ce droit reste pour lui exposé aux mêmes dangers d'extinction que pour le cédant. La femme n'a pu transmettre son droit d'hypothèque que tel qu'il sera ; *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Le subrogé ne l'obtient que dans les conditions où la femme l'aurait conservé, c'est-à-dire subordonné aux résultats de la liquidation ultérieure. Si, à cette époque, la femme n'a pas de reprises à exercer, l'hypothèque qui garantissait l'exercice de ces reprises disparaît soit que la femme ne l'ait pas cédée, soit qu'elle l'ait cédée.

Comme on le voit, la différence est grande pratiquement et au point de vue de l'efficacité de la subrogation selon qu'on admet l'un ou l'autre système. Dans le premier la convention confère au subrogé un avantage dès à présent certain, définitif. Dans le second, cet avantage est subordonné au sort ultérieur des créances de la femme. Nous ne persistons pas moins à maintenir ce dernier, quelques critiques qu'on ait cru pouvoir lui adresser à ce point de vue.

On l'accuse en effet de n'offrir qu'une garantie précaire au subrogé. « Si ce système devait prévaloir, dit M. Carrette, qui oserait désormais contracter avec une femme

même mariée sous le régime de la communauté ? Qui oserait prêter au mari avec la garantie de la femme ? Qui pourrait se croire en sûreté même en ayant le mari et la femme pour coobligés solidaires, même en se faisant céder les droits et reprises de la femme garantis par son hypothèque légale ? » Cependant, quoi qu'on dise, ce caractère aléatoire est celui qui ressort de la nécessité même des choses. Les droits de la femme étant incertains, comment l'hypothèque qui les garantit deviendrait-elle par suite de la cession, une sûreté définitive ? — La femme cède l'hypothèque qui garantit ses reprises, mais encore faut-il qu'elle ait des reprises à exercer. D'ailleurs le système adverse semble ne se préoccuper que des intérêts du créancier ; il néglige complètement les intérêts non moins respectables du débiteur. N'est-il pas vrai, en effet, que si le créancier désire légitimement que l'hypothèque qui lui a été cédée ne s'éteigne pas, le débiteur souhaite non moins légitimement être libéré d'une poursuite hypothécaire lorsqu'il est déjà à l'abri d'une poursuite personnelle de la part de la femme ? Ajoutons qu'il existera toujours un moyen de déjouer les concerts frauduleux imaginés par les époux, pour réduire à néant la subrogation. Si l'extinction de la créance de la femme se produisait par calcul, par mauvaise foi, les subrogés pourraient certainement attaquer l'acte fait en fraude de leurs droits, d'après les principes du droit commun, c'est-à-dire par l'action Paulienne (art. 1167, C, civ.) (1).

1. En ce sens : Cassation, 25 janvier 1863.

Ces principes bien établis, en voici quelques applications.

I. — Le subrogé ne pouvant se prévaloir de l'hypothèque que telle qu'elle se comportera à la dissolution, il n'a aucun droit si les créances de la femme n'existent plus à cette époque, en vertu de la règle : *accessorium sequitur principale*. La créance étant éteinte, l'hypothèque qui la garantissait cesse d'exister.

Ainsi, durant le mariage, un immeuble de la femme a été vendu par elle, avec autorisation du mari. Les époux, nous le supposons, sont mariés sous le régime de la communauté. Appliquant ici les règles du droit commun en cette matière, nous dirons que le prix du propre aliéné va tomber dans la communauté à charge de récompense. Postérieurement à la vente, la femme subroge un tiers dans l'hypothèque légale que la loi lui accorde, à compter de l'aliénation intervenue, pour garantir sa créance en reprise. Puis, après la subrogation, le mari achète un immeuble que la femme accepte en emploi. Elle échange sa qualité de créancière pour celle de propriétaire. Plus de créance, donc plus d'hypothèque. La subrogation ne produira aucun effet.

De même, la femme s'est mariée sous le régime de communauté et s'est réservé le droit de reprendre ses apports au cas où elle renoncerait à la communauté. Si elle a subrogé à son hypothèque légale, cette subrogation serait inopérante au cas où, par suite d'une acceptation de la communauté de sa part, elle n'aurait plus de reprises à

exercer contre son mari. Par la subrogation elle ne s'est pas enlevé et elle ne pouvait s'enlever le droit d'accepter la communauté (1435) (1).

De même encore et à plus forte raison la subrogation serait sans effet si elle avait été consentie par une femme commune en biens, s'il résultait de la liquidation qu'au lieu d'être créancière, elle se trouve être débitrice du mari (2).

On devrait admettre la même solution au cas où la femme, d'abord créancière, se trouvant ultérieurement débitrice de son mari, sa créance s'éteint par compensation. La subrogation s'évanouit (3).

Enfin, nous déciderions encore de même dans l'espèce suivante. La femme commune a subrogé à son hypothèque légale. Elle meurt étant créancière du mari ; mais ce dernier meurt quelque temps après. Ils laissent tous deux un même héritier, leur enfant. Si celui-ci accepte purement et simplement leur succession, la réunion en sa personne des qualités de créancier et de débiteur opère une confusion qui ne permet plus au subrogé de se prévaloir de la subrogation. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour d'Orléans dans un arrêt célèbre du 16 mars 1849 :

« Considérant qu'on ne peut céder à un autre plus de de droits qu'on en a soi-même ;

« Considérant que si, aux termes de l'article 2135 Cod.

1. Ch. des Req., 30 avril 1849.

2. Cour de Paris, 3 février 1855.

3. Cassation, 24 mars 1869.

civ., la femme mariée a une hypothèque légale sur les biens de son mari, notamment pour l'indemnité des obligations qu'elle a contractées solidairement avec lui pendant l'existence de la communauté, cette hypothèque ne produit son effet qu'autant que, lors de la dissolution de cette communauté, elle a droit à une indemnité ;

« Considérant que de là il suit qu'en subrogeant le prêteur dans son hypothèque légale, elle ne lui confère qu'un droit purement éventuel.

« Considérant que si, en souscrivant solidairement avec son mari l'obligation du 25 décembre 1829, la dame Leblanc est devenue créancière de l'indemnité à laquelle elle avait droit à raison de la dite obligation, cette créance était éteinte dès avant la deuxième production du sieur Picaut de la Féraudière ; qu'en effet, en acceptant purement et simplement, ce qui était leur droit, la succession de leur mère et ensuite celle de leur père, les héritiers Leblanc sont devenus tout à la fois créanciers et débiteurs de cette indemnité ; d'où il suit que la confusion s'est opérée de plein droit, et que par suite la subrogation dont excipe le sieur Picaut de la Féraudière est devenue sans objet : par ces motifs etc... »

En résumé, on peut opposer aux tiers subrogés toutes les causes d'extinction qu'on pourrait opposer à la femme elle-même.

II. — *Quelle est l'étendue de la subrogation ?*

Afin de déterminer les biens sur lesquels elle porte et sur lesquels peut agir le cessionnaire, il faut étudier les

termes de la convention intervenue entre les parties. Si les effets sont limités à tel ou tel immeuble, pas de difficulté. Si le traité est fait en termes généraux, sans limitation à tels ou tels biens du mari, le bénéficiaire peut agir sur tous les immeubles affectés par l'hypothèque légale. La subrogation n'a d'autres limites que celle de l'hypothèque légale elle-même. Cependant si la créance du tiers est supérieure à celle de la femme, il est bien entendu que le cessionnaire ne pourra se prévaloir de l'hypothèque légale que dans la mesure pour laquelle la femme avait droit à une collocation hypothécaire.

Il se peut aussi que la femme, au lieu de subroger à son hypothèque légale d'une façon générale, n'ait consenti qu'une subrogation partielle, restreinte, non plus à tels et tels immeubles du mari, mais aux droits hypothécaires servant à garantir une partie seulement de ses créances. Ainsi, créancière de 100 contre son mari, elle consent une subrogation à ses droits hypothécaires jusqu'à concurrence de 50.

Dans ce cas, le subrogé ne sera colloqué utilement que pour 50. Mais alors s'élève une difficulté. Ce subrogé concourra-t-il avec la femme ou celle-ci pourra-t-elle invoquer un droit de préférence? S'il s'agissait d'une subrogation ordinaire, la question ne serait pas douteuse. En vertu du principe *nemo contra se subrogare censetur*, l'article 1252 Code civil accorderait ce droit à la femme mais nous avons déjà dit que la subrogation ordinaire n'a rien de commun avec la subrogation dont nous traitons ici. Nous devons donc en conclure que l'article 1252 n'a pas ici d'applica-

tion. Par conséquent le subrogé et la femme viendront en concours. A moins toutefois qu'une réserve formelle n'ait été insérée dans la convention soit au profit de la femme, soit même au profit du subrogé. En dehors de ce cas, le concours est la règle (1). Il faudra décider de même si la femme consentait une seconde subrogation pour la part qu'elle a conservée. D'une manière générale, les cessionnaires successifs viendront en concours. Le premier cessionnaire n'a pas plus de droits que le second. Il est vrai que la femme est son obligée et sa garante ; mais le second cessionnaire en prenant la place de la femme n'a pas hérité de sa dette envers le premier. Il n'est qu'ayant-cause à titre particulier (2).

III. — A quelle époque le subrogé peut-il exercer le droit qu'il tient de la femme ?

Nous avons toujours supposé jusqu'à présent que c'était à l'époque de la dissolution du régime matrimonial que ce droit était exercé. C'est qu'en effet il ne peut être exercé qu'au jour où la femme pourrait l'exercer elle-même. Celle-ci n'a transmis le droit de se prévaloir de son hypothèque que pour le jour où elle peut s'en prévaloir elle-même. Or, c'est le moment de la liquidation que ce droit fixe. C'est à ce moment là seulement qu'on apprécie le montant des

1. Il est bien entendu d'ailleurs que si le subrogé est un créancier de la femme, il pourra toujours, en outre de l'article 1166, Code civ., et de l'article 775, Code de procéd., se faire attribuer la collocation hypothécaire de sa débitrice.

2. En ce sens ; Cour de Colmar, 27 mars 1852.

reprises de la femme. Ainsi, au jour de la liquidation définitive, le montant des reprises est de 10. Bien qu'elles aient été de 20, par exemple, au jour de la subrogation, le subrogé ne peut exiger que 10, c'est-à-dire le *quantum* actuel des créances de la femme contre son mari. C'est comme si, propriétaire d'un immeuble valant 20, une personne avait constitué sur ce bien des hypothèques jusqu'à concurrence de 20, puis que, par suite d'un cas fortuit, la valeur de cet immeuble se fût trouvée réduite à 10. L'hypothèque ne serait alors utile que jusqu'à concurrence de 10, valeur actuelle du fonds grevé.

En attendant la liquidation, le seul droit du subrogé est de veiller à la conservation de l'hypothèque qui lui a été cédée (art. 1180 Code civil). Par exemple, si le mari vend un de ses immeubles au cours du mariage, la femme, créancière éventuelle, ne peut encore se faire payer. Mais le subrogé a le droit d'exiger la consignation du prix de vente pour le cas où, à la dissolution du régime, la femme aurait à se prévaloir de son hypothèque (1). De même aussi, s'il est créancier personnel de la femme, il pourra, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, exercer les droits de sa débitrice jusqu'à concurrence du montant de sa créance (art. 1446 Code civil).

1. Cassation, 6 décembre 1871.

B

EFFET A L'ÉGARD DE LA FEMME.

Le principe est que les subrogations consenties par la femme ne peuvent nuire ni au mari, ni à ses créanciers hypothécaires, ni aux acquéreurs de ses immeubles, et que, d'autre part, elles ne doivent profiter qu'à ceux en faveur desquels elles sont intervenues.

Si donc une subrogation a eu lieu au profit d'un créancier de la femme seule ou d'un tiers qui n'est ni créancier de la femme, ni créancier du mari, les sommes touchées par le subrogé dans l'ordre ouvert sur le prix d'immeubles du mari grevés de l'hypothèque légale réduisent d'autant les droits de la femme.

Mais, dans la pratique, le plus souvent la subrogation est consentie au profit d'un créancier du mari ou d'un acquéreur d'immeubles de ce dernier. Dans ce cas, pour en déterminer les effets à l'égard de la femme, il faut distinguer.

Lorsque la subrogation s'est produite en faveur d'un créancier chirographaire du mari, il y a échange de qualité entre la femme et le créancier. Celui-ci devient créancier hypothécaire et la femme créancière chirographaire. La femme perd, vis-à-vis des créanciers hypothécaires anté-

rieurs à la subrogation et dans la mesure de la collocation obtenue par le subrogé, le bénéfice du rang attaché à la créance à raison de laquelle ce dernier a été colloqué.

Lorsque la subrogation est obtenue par un créancier à hypothèque spéciale sur les biens grevés par l'hypothèque légale de la femme, il y a échange de rang. Le créancier prend la place de la femme et réciproquement. Quand un ordre s'ouvrira sur les biens du mari, le subrogé sera colloqué au rang de l'hypothèque légale de la femme, et la femme sera colloquée au rang qu'aurait eu le subrogé. La femme ne perd le bénéfice du rang attaché à la créance à raison de laquelle le subrogé a été colloqué que vis à vis des créanciers hypothécaires antérieurs à celui-ci.

Toutefois ces résultats se trouvent indirectement modifiés par l'application de l'article 1431 du Code civil ainsi conçu : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution ; elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. » Par suite, la femme a acquis, du jour de l'obligation par elle souscrite solidairement avec son mari, une créance d'indemnité contre celui-ci. Or cette créance, de même que toutes les créances de la femme nées pendant le mariage contre son mari, est garantie contre une hypothèque légale, à la date de l'engagement par elle contracté (art. 2135, 2° et 3°, Code civil). De plus, lorsque le créancier est payé au moyen de la collocation de la femme, on admet que celle-ci peut invoquer l'article 1251-3° Code

civil pour se prétendre subrogée légalement aux droits du créancier désintéressé au moyen des fonds qui lui étaient primitivement destinés. Ainsi, la femme qui perd son hypothèque légale en acquiert une autre à la date même de la subrogation, et, en outre, si le subrogé s'était fait consentir une hypothèque par le mari, elle acquiert cette même hypothèque conventionnelle. Comme, en général, ces deux hypothèques auront la même date, celle du jour de la subrogation, elles feront double emploi. Il pourrait néanmoins arriver que la femme eût intérêt à invoquer plutôt l'hypothèque conventionnelle du subrogé si, par exemple, elle était antérieure à la subrogation, ou si l'hypothèque légale, n'ayant pas été inscrite dans l'année qui suit la dissolution du mariage, avait perdu le rang que lui confère l'article 2135, 2° et 3° Code civil.

La femme pourrait-elle subroger dans l'hypothèque légale d'indemnité dont il s'agit ? — La jurisprudence l'a admis (1). Il faut cependant reconnaître qu'une pareille subrogation peut être très dangereuse pour les tiers. Ainsi, la femme a une créance de 20.000 fr. garantie par son hypothèque légale. Elle s'engage solidairement avec son mari pour 20.000 fr. et subroge le créancier. Elle acquiert par suite une hypothèque légale d'indemnité pour 20.000 fr. Si elle subroge encore à cette dernière, le chiffre de l'hypothèque légale grossira outre mesure.

Si la femme veut recourir contre son mari au moyen de

1. En ce sens : Cour d'Orléans, 12 juillet 1854.

l'hypothèque légale d'indemnité, elle peut très certainement agir avant d'avoir payé, dans un des cas prévus par l'article 2032 Code civil. Mais, en dehors de l'article 2032, le peut-elle ? — Nous pensons que, même alors, elle peut se présenter à l'ordre ouvert sur un immeuble du mari pour y obtenir une collocation provisoire. Il est vrai qu'en principe la femme ne peut exercer ses reprises durant le mariage. Mais, dans l'espèce, le fait qui la fait agir pour la conservation de ses droits lui est étranger. Refuser ce droit à la femme, ce serait d'ailleurs prétendre que l'immeuble resterait grevé, entre les mains de l'acquéreur et pendant toute la durée du mariage, de l'hypothèque légale, ce qui serait contraire aux articles 2193 et suivants du Code civil.

Si au contraire la femme, n'usant pas de son hypothèque légale d'indemnité, entend exercer l'hypothèque conventionnelle du créancier auquel elle est subrogée, il n'en sera pas ainsi. Elle ne pourra s'en prévaloir avant d'avoir payé. Mais du moins pourra-t-elle se prétendre libérée et invoquer l'article 2037 Code civil, lorsque la subrogation à cette hypothèque ne sera plus possible par le fait de l'ancien titulaire ? — Elle le pourra si elle n'a pas contracté d'obligation personnelle envers ce dernier ou si, en s'engageant personnellement, elle n'a agi que comme caution ; mais si elle s'est présentée comme co-débitrice de son mari, nous pensons qu'elle ne le pourrait pas.

CAPACITÉ DE LA FEMME SURBOGEANTE

Le décret du 28 février 1852 sur les Sociétés de crédit foncier décidait, dans son article 20, que la femme dotale ne pouvait consentir une subrogation à son hypothèque légale (1).

Contrairement à ce décret, la loi du 23 mars 1855 est muette sur la question de la capacité de la femme. Le projet du Gouvernement portait : « les femmes ne peuvent céder leurs droits à l'hypothèque légale ou y renoncer que par acte authentique. » La commission, afin de ne rien trancher relativement à la capacité de la femme sous le régime dotal, substitua à ces termes les termes suivants qui constituent la rédaction définitive : « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer..... » De plus pour ne laisser aucun doute sur la portée de la modification, M. de Belleyme en précisa l'intention : « la commission, dit-il, a fait subir à l'article 11

1. Cet article est ainsi conçu : « Lorsque la femme mariée est présente au contrat de prêt, elle peut, si elle n'est pas mariée sous le régime dotal, consentir une subrogation à son hypothèque légale jusqu'à concurrence du montant du prêt. Si elle ne consent pas cette subrogation, et sous quelque régime que le mariage ait été contracté, le notaire l'avertit que, pour conserver vis à vis de la société le rang de son hypothèque légale, elle est tenue de la faire transcrire dans le délai de quinzaine. L'acte fait mention de cet avertissement sous peine de nullité. »

(qui est l'article 9 de la loi actuelle) un changement de rédaction tendant à bien établir que la loi actuelle n'a pas pour but de modifier, en quoi que ce soit, la législation relative aux droits de la femme mariée en matière de cession ou de renonciation à son hypothèque légale. »

L'article 9 signifie donc seulement que des cas pouvaient exister où la femme était incapable de disposer de son hypothèque légale, et qu'à les supposer existants, la présente disposition n'avait pas à s'en occuper. Ainsi donc, les questions relatives à la capacité de la femme subrogeante sont étrangères à la loi de 1855. Elles sont restées sous l'empire des principes généraux du Code civil, et c'est à ces principes qu'il convient dès lors de se rattacher.

Or, il est certain que la femme peut subroger à son hypothèque légale toutes les fois qu'elle est mariée sous le régime de communauté ou sous le régime exclusif de communauté, pourvu qu'elle soit autorisée de son mari ou de justice. Sous ces deux régimes, en effet, la femme dûment autorisée peut aliéner ses biens.

Elle peut les aliéner dans les mêmes conditions sous le régime de séparation de biens ; l'autorisation maritale ou judiciaire la rend donc très certainement capable, sous ce régime, de consentir une subrogation à son hypothèque légale. Mais nous savons de plus que la femme séparée de biens peut, sans autorisation, et dans les mesures d'une libre administration, aliéner ses biens mobiliers. Peut-elle, dans cette même mesure et sans autorisation, subroger à

son hypothèque légale ? C'est là un point très controversé et qui dépend de la solution donnée à la question de savoir si l'hypothèque est un droit mobilier ou immobilier. Nous n'avons pas ici à entrer dans la discussion de cette question. Nous nous bornerons à dire que la jurisprudence de la Cour de cassation semble fixée en ce sens que l'autorisation est nécessaire à la femme parce que l'hypothèque, envisagée en elle-même, est immeuble par l'objet auquel elle s'applique (Cassation, 18 juillet 1843).

Quant à la capacité de la femme dotale, plusieurs distinctions sont nécessaires.

Il est des cas où la même solution est admise par tous. On reconnaît que la femme autorisée peut céder l'hypothèque qui garantit ses reprises paraphernales. La femme dotale est, en effet, quant à ses biens paraphernaux, dans la même position que la femme séparée de biens par contrat de mariage (Art. 1537, 1575 Code civil).

De même, on reconnaît que lorsque les biens dotaux sont aliénables en vertu d'une disposition formelle de la loi (art. 1555, 1556, 1558 Code civil), la femme autorisée peut consentir une subrogation à son hypothèque.

C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que la femme dotale pouvait céder son hypothèque lorsque la cession avait pour motif l'établissement d'enfants issus du mariage, ou d'enfants que la femme a eus d'un précédent mariage (Ch. des Req. Civ. 1^{er} avril 1856). Pouvant aliéner directement ou hypothéquer ses immeubles si elle est autorisée, rien ne l'empêche de consentir une subrogation

à l'hypothèque qui garantit la restitution par le mari des mêmes immeubles (1).

A l'inverse, il est universellement admis que la subrogation est impossible lorsque le régime dotal ayant été stipulé purement et simplement, la femme voudrait disposer de l'hypothèque légale qui garantit sa dot immobilière. Cette dot est inaliénable (art. 1554 Code civil) : comment l'hypothèque qui la protège ne le serait-elle pas ?

Mais, à côté de ces cas certains, il est un cas où la controverse est très vive et le désaccord persistant. C'est lorsqu'il s'agit de savoir si la femme dotale peut subroger à l'hypothèque légale qui garantit ses reprises mobilières.

D'après une jurisprudence constante, la dot mobilière est inaliénable à l'égard de la femme. La femme dotale ne peut en disposer même avec l'autorisation du mari. Dans cette opinion, la solution est simple. La femme ne pouvant aliéner sa dot mobilière ne peut céder l'hypothèque légale qui garantit la restitution de cette dot.

Mais la question est plus complexe pour ceux qui admettent que la dot mobilière est aliénable. Il s'agit alors de savoir si l'hypothèque est un droit mobilier ou immobilier.

C'est la même difficulté que nous avons déjà rencontrée à propos de la capacité de la femme séparée de biens. Si

1. *Quid* si l'aliénabilité des immeubles dotaux, au lieu de résulter d'une disposition de la loi, résultait d'une clause du contrat de mariage ? La Cour de Cassation a décidé que cette réserve n'entraînait pas le pouvoir pour la femme de subroger à son hypothèque (2 juillet 1866 et 7 avril 1868). On peut soutenir que la femme se rend mieux compte des conséquences d'une aliénation que de celles d'une subrogation.

l'hypothèque est, comme le veulent quelques auteurs, un droit mobilier, la cession en sera permise comme le serait l'aliénation d'une créance. Si, au contraire, elle est, comme nous le croyons, un droit immobilier, la cession n'en est pas plus possible que ne l'est l'aliénation d'un immeuble dotal. De sorte que, dans cette dernière opinion, on arrive, en partant de principes différents, aux mêmes solutions que la jurisprudence (1).

Nous ne pouvons entrer ici dans le détail de ces controverses. Ce qui est certain, c'est que la jurisprudence, malgré les protestations de la majorité des auteurs, se montre inébranlable dans le sens que nous avons déjà indiqué. Si donc la femme dotale veut s'assurer la possibilité d'utiliser l'hypothèque légale qui garantit sa dot mobilière en la cédant à des tiers, elle doit s'en réserver expressément la faculté dans son contrat de mariage.

1. Si la femme a stipulé dans son contrat de mariage que ses immeubles dotaux seraient aliénables, cette faculté n'emporte pas pour elle le droit de céder l'hypothèque légale qui garantit ses reprises mobilières. Cette décision est très logique dans le système de la jurisprudence. L'inaliénabilité est la règle. Or la dérogation n'a été faite que pour les immeubles. Donc la femme pourra aliéner ses immeubles dotaux, les hypothéquer, mais elle ne pourra pas consentir l'aliénation de ses reprises mobilières ni subroger à l'hypothèque légale qui en garantit la restitution (Cassation, 24 août 1866).

Même lorsque la femme a stipulé formellement le droit d'aliéner les biens dotaux mobiliers et immobiliers, ainsi que le droit de les hypothéquer, la Cour de Cassation a décidé que cette clause n'emportait pas pour elle le droit de subroger à l'hypothèque légale qui garantit la restitution de ces biens, par ce motif que la subrogation est un acte plus dangereux que ceux que la femme s'est réservé de faire (Cassation, 4 juin et 17 décembre 1866).

— Outre que les époux peuvent choisir l'un ou l'autre des différents régimes connus, ils peuvent en adoptant tel ou tel, insérer dans le contrat des clauses empruntées à un autre. Ces combinaisons donnent lieu, au point de vue de la capacité de la femme, à de nombreuses difficultés.

Ainsi, les époux adoptant le régime de communauté, la femme se réserve le droit, au cas où elle renoncerait à la communauté de reprendre ses apports francs et quittes de toutes dettes, même de celles auxquelles elle se serait obligée avec son mari ou auxquelles elle aurait été condamnée. Dans ces conditions, la femme peut-elle consentir une subrogation à son hypothèque légale ? — La cour de cassation a d'abord décidé la négative (arrêts du 7 février 1855 et du 16 avril 1856). Elle pensait en effet que cette clause avait pour effet de soumettre l'apport de la femme à un régime dotal partiel. Cependant la cour a, depuis cette époque, résolu la question en sens contraire. Elle semble fixée en ce sens que la clause n'est opposable aux tiers que si elle est assez nette pour qu'ils ne puissent pas être induits en erreur (arrêts des 14 et 15 décembre 1858 et du 29 janvier 1866).

Il est possible encore que le contrat de mariage stipule que les immeubles propres de la femme ne pourront être aliénés qu'à charge de remploi dont les acquéreurs sont garants. Le mari ayant aliéné sans faire remploi, la femme peut-elle subroger à l'hypothèque qui garantit sa créance du prix de l'immeuble vendu ? — On l'admet en général. Pour frapper de dotalité un immeuble, sous le régime de

communauté, il faut une clause sinon expresse, du moins assez claire pour que les tiers ne puissent être trompés. Or, la clause dont nous nous occupons n'offre pas ce degré de précision nécessaire (1).

1. Deux arrêts de Cassation (6 novembre 1854 et 8 juin 1858) ont implicitement tranché la question en ce sens.

CONDITIONS DE FORME

A quelles conditions de forme est soumise la subrogation ?

Le Code n'en ayant pas imposé la jurisprudence antérieure à 1855 décidait logiquement qu'aucune n'était nécessaire. La convention n'est pas en effet une cession de créance ; donc l'accomplissement des formalités de l'article 1690 Code civil n'était pas requis. Elle ne rentrait pas non plus dans les cas prévus par les articles 2144 et 2145 Code civil. Il s'agit ici d'un abandon fait par la femme de ses droits hypothécaires à un tiers et non d'une restriction dans l'unique intérêt du mari ; donc, en dehors de l'autorisation maritale ou judiciaire, aucune autre protection n'était requise en faveur de la femme. C'est ce que fit prévaloir la Cour de cassation malgré les résistances de certaines cours d'appel.

Ces résistances, juridiquement illégitimes, ne reposaient pas moins sur un fondement très rationnel. Ainsi comprise, la subrogation présentait, en effet, de sérieux dangers pour la femme qui pouvait se dépouiller très facilement des garanties que la loi accorde et pour les tiers exposés à de fâcheuses tromperies. L'hypothèque légale passant aux subrogés telle qu'elle existait entre les mains de la femme, c'est-à-dire dispensée d'inscription, entre eux la préférence

appartient à celui dont le titre était le plus ancien en date : de la sorte, celui auquel la femme consentait une subrogation, n'était jamais sûr de ne pas être primé par un subrogé antérieur. Comme on l'a dit, la femme pouvait subroger vingt créanciers et en tromper dix-neuf.

Aussi, lors de l'enquête ouverte en 1841 sur le régime hypothécaire, des remèdes furent-ils proposés à cet état de choses. Certaines cours exprimaient le vœu qu'on exigeât, « pour tout engagement ou pour tout acte consenti par la femme mariée et portant atteinte à son droit d'hypothèque légale, les formalités des articles 2144 et 2145, Code civil (1). »

Sans aller aussi loin, la loi de 1855 vint réaliser en partie ces vœux dans son article 9 ainsi conçu :

« Dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme. »

Il résulte de cette disposition que, pour être valable et efficace, la subrogation à l'hypothèque légale doit être authentique et en outre rendue publique.

1. *Documents sur le régime hypothécaire*, II, p. 279.

Nous allons étudier successivement ces deux conditions.

AUTHENTICITÉ

Pourquoi est-elle exigée ? — En 1850, M. de Vatimesnil en indiquait très clairement le but dans son rapport. On voulait protéger la femme. Cela est si vrai que la commission n'exigeait l'acte authentique que pour les subrogations faites par les femmes, tandis que le projet du Gouvernement l'exigeait même pour les subrogations faites par un créancier hypothécaire quelconque.

En reproduisant cette nécessité de l'acte authentique, la loi du 23 mars 1855 a-t-elle eu un autre but ? — Nous ne le pensons pas, bien qu'une phrase du court passage de l'exposé des motifs relatif à l'article 9 puisse donner lieu à une interprétation différente. « L'acte de subrogation, dit M. Suin, doit être authentique puisqu'il doit servir de première base à une inscription qui ne peut se fonder que sur un acte solennel. »

L'intérêt est considérable de se prononcer pour l'un ou l'autre de ces motifs, car, selon que l'on adopte celui-ci ou celui-là, les conséquences varient.

Si l'acte authentique n'est exigé que pour permettre l'inscription, la subrogation consentie par acte sous-seing privé sera valable entre le subrogé, la femme et ses créanciers chirographaires, et nulle seulement à l'égard des tiers (en ce sens : Riv. et Hug., Pont, Bressolles, l'landin). Pense-t-on, au contraire, que l'authenticité a été prescrite

dans l'intérêt de la femme, pour sauvegarder ses intérêts, la subrogation consentie par acte sous-seing privé sera nulle à l'égard de la femme, de ses créanciers chirographaires et des tiers (en ce sens : Mourlon, Bertauld).

Nous adoptons sans hésiter ce second système. Il nous paraît d'abord plus conforme que le premier à la lettre de l'article 9 qui exige l'authenticité d'une façon absolue, sans distinguer entre les parties et les tiers. Il nous paraît en outre plus conforme à l'esprit du législateur qui voulait protéger la femme dont liberté doit être garantie par la présence d'un officier public qui l'éclaire sur la portée de l'acte qu'elle signe (1).

La loi exige un acte authentique pour la validité de la subrogation, mais elle n'exige pas un acte notarié ainsi que le veut l'article 2127 Code civil pour la constitution d'hypothèque. Tout acte dressé par un officier public compétent et avec les formalités requises pourra donc contenir une subrogation (art. 1317 Code civil). Ainsi, une femme mariée citée en conciliation devant le juge de paix reconnaît sa dette et, pour la garantir, consent, au profit de son créancier, une subrogation à son hypothèque légale. L'insertion de cette convention au procès-verbal du juge de paix suffira pour la validité de la subrogation.

Que décider au cas où la femme donne mandat à un tiers de la représenter à l'acte de subrogation ? Le mandat doit-il être en la forme authentique ou suffit-il qu'il soit

1. Cassation, 22 novembre 1880.

sous-seing privé conformément à la règle de l'article 1985 Code civil ? Nous croyons qu'il doit être en la forme authentique. En réalité, c'est le mandat qui contient le consentement de la femme ; c'est par le mandat qu'elle donne son consentement à l'aliénation de ses garanties hypothécaires. Cet acte doit donc être, dans l'intérêt de la femme, en la forme authentique. Pourrait-on autoriser la femme à faire indirectement et par son mandataire une aliénation d'hypothèque par acte sous-seing-privé alors qu'elle n'aurait pu le faire directement ?

D'ailleurs cette conclusion à laquelle nous conduit le bon sens et la logique est confirmée par un argument d'analogie tiré de l'article 2 de la loi du 21 mars 1843 sur la forme des actes notariés. Le mandat donné pour passer un de ces actes doit revêtir la forme solennelle de cet acte (1).

La subrogation devant être consentie par acte authentique doit-elle être acceptée de même ? Nous ne le pensons pas. Le créancier subrogé n'a pas besoin de la protection qui a fait exiger pour la femme la forme authentique. De sorte que si le créancier n'est pas présent à l'acte de subrogation, il pourra ensuite accepter valablement par acte sous-seing privé (2). Mais jusqu'à cette acceptation, la convention de subrogation n'est qu'une simple pollicitation qui peut être rétractée conformément au droit commun.

L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 exige l'authenticité d'une manière absolue. Cette nécessité s'applique

1. Voir encore articles 36, 66, 933, Code civil.

2. Cassation, 5 août 1839.

donc à tous traités par lesquels la femme transporte à un tiers ses garanties hypothécaires, c'est-à-dire aux cessions et renonciations, sans distinguer entre les renonciations expresses et les renonciations tacites. Si la femme renonce en concourant à l'acte par lequel son mari constitue une hypothèque, l'authenticité est exigée à un double titre : d'abord en vertu de l'article 2127 portant que tout acte constitutif d'hypothèque doit être notarié ; ensuite, en vertu de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 comme contenant une cession d'hypothèque.

De même si la femme renonce à son hypothèque au profit d'un acquéreur d'un immeuble du mari, l'acte renfermant la renonciation doit être authentique. Ici cependant s'élève une difficulté. Nous avons vu en effet que la renonciation, dans ce dernier cas, peut être translatrice ou extinctive. Si elle est translatrice, l'authenticité est exigée sans aucun doute. *Quid* si elle est simplement extinctive ? La Cour de Lyon (1) a décidé que, même dans cette hypothèse, l'authenticité est nécessaire. Cette doctrine ne nous paraît pas inattaquable et nous ne croyons pouvoir mieux faire que de rapporter les savantes critiques dont elle a été l'objet de la part de M. Bufnoir. « Il est mieux, dit-il, de considérer l'article 9 de la loi de 1855 comme étranger de tous points aux renonciations qui tendent uniquement à affranchir de l'hypothèque légale au profit d'un acquéreur l'immeuble qui en était grevé. D'une part, en effet, il serait

1. Cour de Lyon, 6 mars 1863.

difficile de ne pas admettre que, dans tous les cas, la femme ne pourrait, en se portant garante de la vente, fût-ce par acte sous-seing privé, s'interdire le droit d'invoquer son hypothèque au préjudice de l'acquéreur. Et cela admis, comment ne pourrait-elle pas faire directement, sans observer plus de formalités, ce qu'elle peut faire indirectement? D'autre part, et c'est une considération qui doit dominer toute discussion sur ces matières, il faut, pour déterminer l'étendue d'application de notre article 9, partir de l'idée qu'il a statué sur l'acte dont la pratique antérieure avait révélé les inconvénients.

Or cet acte est celui que l'on désignait sous le nom de subrogation à l'hypothèque légale, c'est-à-dire celui par lequel la femme, usant comme moyen de crédit soit à son profit, soit le plus souvent au profit du mari, de l'hypothèque instituée pour sa garantie contre celui-ci, transfère à un tiers le droit de s'en approprier le bénéfice et les effets. Quant aux renonciations simplement extinctives au profit d'un acquéreur, on ne voit pas qu'on s'en soit occupé ni que le législateur de 1855 les ait fait rentrer dans ses prévisions (1). »

Reste une dernière question.

1. Bufnoir, en note de l'arrêt de Cassation du 22 novembre 1880.

Afin de couper court à cette controverse, le notariat, par une pétition qui a fait l'objet d'un rapport favorable à la Chambre des députés, a demandé une interprétation législative de la loi. A la suite de ce rapport, un projet de loi modificatif de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 a été déposé par le Ministre de la Justice.

La condition d'authenticité est-elle encore exigée au cas où la femme cède, non plus son hypothèque, mais sa créance en reprises? — Il est vrai que la loi du 23 mars 1855 ne semble prescrire cette formalité que pour les cessions et renonciations à l'hypothèque légale. Cependant, si l'on considère que la femme, en cédant sa créance, cède en même temps son hypothèque, on est amené à conclure que l'opération tombe, de ce dernier chef, sous l'application de l'article 9.

PUBLICITÉ

I. — Ainsi que nous l'avons dit, l'authenticité est exigée en faveur de la femme, la publicité en faveur des tiers.

La loi du 23 mars 1855 indique deux moyens de porter à la connaissance des tiers de l'acte subrogation : l'inscription et la mention. Si l'hypothèque légale est restée occulte, le subrogé la fait inscrire à son profit. Si elle est déjà inscrite, il fera mentionner l'acte de subrogation en marge de l'inscription.

Supposons d'abord que l'hypothèque de la femme n'est pas inscrite et que le concessionnaire doive la faire inscrire à son profit. Il n'y a pas de difficulté lorsque la cession est faite à un créancier chirographaire. Mais au cas où le créancier subrogé acquiert en même temps une hypothèque conventionnelle sur les biens du mari, une difficulté se présente. Il s'agit de savoir si le subrogé doit prendre deux inscriptions distinctes, ou s'il peut inscrire collectivement

ces deux hypothèques en sorte que la mention de la subrogation dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle supplée l'inscription de l'hypothèque légale.

Avant 1856, la pratique générale et la plupart des cours accordaient au subrogé la faculté de confondre l'inscription de l'hypothèque cédée avec l'inscription de son hypothèque conventionnelle. Beaucoup d'auteurs approuvaient même cette doctrine, et M. Pont lui prêtait l'appui de son autorité. « Lorsque la subrogation à l'hypothèque légale est l'accessoire d'une hypothèque conventionnelle, disait-il, lorsqu'elle est consentie pour plus de garantie et doit frapper les mêmes biens que l'hypothèque conventionnelle à laquelle elle se lie, est-ce que les créanciers auxquels ces garanties sont données, ne prennent pas un moyen propre à les faire connaître en requérant inscription sur la représentation, d'abord de l'acte même conférant l'hypothèque et la subrogation, ensuite de deux bordereaux contenant, outre les énonciations voulues, mention de la subrogation dans l'hypothèque légale ?

Est-ce qu'il n'est pas évident que les tiers sont suffisamment avertis par là, que les biens seront grevés à la fois et de l'hypothèque conventionnelle directement et de l'hypothèque légale par subrogation ? Tous les éléments de l'inscription indiqués par l'article 2153 Code civil, se trouvent réunis dans la mention de subrogation, lorsque la subrogation à l'hypothèque légale est l'accessoire d'une stipulation d'hypothèque conventionnelle ; ils se trouvent, soit dans le texte même de la mention, soit dans les énon-

ciations qu'il emprunte à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle avec laquelle il est en relation intime et nécessaire (1). »

Le projet de 1851 admettait cette inscription cumulative et l'article 2115 de la commission portait que « les créanciers au profit desquels a été cédée l'hypothèque légale ne seront saisis du droit qui en résultera que par la mention de la cession faite en marge de l'inscription de la femme ». Le seul moyen de publicité de la subrogation était la mention parce que le projet de la Commission exigeait dans tous les cas l'inscription de l'hypothèque de la femme. Mais le principe de l'occultanéité ayant été maintenu, la rédaction de l'article 2115 fut modifiée de la manière suivante : « Celui au profit duquel a été faite la cession, subrogation ou renonciation n'est saisi, à l'égard des tiers ayant des droits du chef de la femme, que par la mention de ladite cession, en marge de l'inscription de l'hypothèque légale, si elle a été prise ; et si cette inscription n'existe pas, par l'énonciation du droit qu'il tient de la femme, soit dans l'inscription de sa propre créance contre le mari, soit dans une inscription spéciale. » Le système de l'inscription cumulative était consacré.

La loi du 23 mars 1855, en n'adoptant pas ce texte, a-t-elle entendu modifier la doctrine qu'il renfermait ? L'incertitude est encore grande sur ce point.

La jurisprudence décide en général que l'inscription de

1. M. Pont, *Revue critique*, IX, p. 100.

l'hypothèque légale peut être prise cumulativement avec celle de l'hypothèque conventionnelle, en vertu d'un seul et même bordereau. Cette opinion s'appuie sur ce que nulle condition de forme n'est imposée pour l'inscription de la subrogation. Tout ce que le législateur exige, c'est la publicité de l'hypothèque cédée, publicité obtenue dès que les indications énumérées par les articles 2148 et 2153 Code civil ont été portées sur les registres hypothécaires. Peu importe le mode employé.

Quant à prétendre, comme on l'a fait, que l'inscription cumulative fait courir des dangers à ceux qui ne liraient pas l'inscription jusqu'au bout et qui pourraient ainsi être trompés par l'apparence d'une simple hypothèque conventionnelle, c'est un argument qui n'a pas grande valeur. Le créancier qui aurait à en souffrir ne serait victime que de sa propre négligence.

Ajoutons que, dans aucun texte, la loi ne défend les inscriptions collectives. L'article 2148 Code civil, en exigeant deux bordereaux, permet de porter l'un de ces bordereaux sur l'expédition du titre. Or ce titre peut être complexe. Il est possible qu'il crée des droits différents d'hypothèque, et cependant un seul bordereau suffit pour inscrire cumulativement ces droits distincts. En outre, en dehors du Code, d'autres lois supposent la faculté de réunir dans la même inscription diverses hypothèques. C'est ainsi que le décret du 21 septembre 1810 alloue aux conservateurs un franc de salaire « pour l'inscription de *chaque* droit d'hypothèque ou privilège, quel que soit le nom-

bre des créanciers, si la formalité est requise par le même bordereau (1).

Supposons maintenant que l'hypothèque de la femme est déjà inscrite. La loi semble être formelle et n'admettre alors que la possibilité d'une mention de la part du subrogé. Plusieurs auteurs cependant, et notamment M. Pont, prétendent que, même dans ce cas, le subrogé peut prendre une inscription directe à son profit. Mais nous repoussons ce système comme absolument contraire au texte formel de l'article 9, et en outre comme étant de nature à égarer les tiers auxquels l'inscription pourrait faire croire que la femme n'a pas encore disposé de son hypothèque. D'ailleurs ces inscriptions multiples auraient l'inconvénient de porter peut-être atteinte au crédit du mari en laissant supposer un passif plus considérable que celui qui existe en réalité.

Afin d'être saisi à l'égard des tiers, à quel bureau d'hypothèques le subrogé doit-il faire publier son droit? S'il s'agit d'une renonciation de la femme au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari, la publicité sera donnée au bureau de la situation de l'immeuble. Mais s'il s'agit d'une cession générale de l'hypothèque légale, la publicité doit-elle avoir lieu dans tous les bureaux où le mari a des immeubles? La loi du 23 mars 1855 n'a pas tranché la question. Il nous semble que la publicité doit être donnée dans chaque bureau. Nous devons reconnaître néanmoins que ce mode de procéder est très gênant.

Quelles énonciations doit contenir l'inscription prise par

1. Voir en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 1872.

le subrogé ? La loi du 23 mars 1855 n'en parle pas davantage. Mais on convient qu'il faut appliquer les règles relatives à l'inscription de l'hypothèque légale.

D'où il suit que l'inscription devra contenir : 1° les noms, prénoms, profession, et élection de domicile du subrogé ; 2° pareilles indications concernant la femme subrogeante ; 3° les noms, prénoms, profession, domicile ou désignation suffisante de la personne du débiteur, c'est-à-dire le plus souvent du mari ; 4° la date et la nature de l'acte de subrogation, l'époque d'exigibilité, les immeubles auxquels la cession a été limitée (art. 2153 Code civil).

On admet toutefois que l'inscription prise durant le mariage, ou après mais avant la liquidation, ne doit pas forcément contenir, quant aux reprises, le montant de leur valeur contrairement aux prescriptions de l'article 2153-3°. C'est qu'une pareille exigence créerait au cessionnaire de grands embarras. Elle serait d'une application difficile. Comment le subrogé arriverait-il à se procurer les éléments d'une évaluation si détaillée ? Tout ce qui importe aux tiers, ainsi que le fait remarquer M. Mourlon, c'est de connaître le montant des sommes jusqu'à concurrence desquelles ils auront à subir l'effet de l'hypothèque s'ils traitent avec le mari ou l'effet de la subrogation s'ils acceptent la subrogeante pour débitrice (1).

Par analogie de motifs, nous déciderons que les formalités nécessaires à la validité de l'inscription sont applicables aux mentions marginales.

1. Mourlon, *Transcription*, n° 1057.

L'inscription de l'hypothèque légale prise au profit de la femme ou du subrogé est soumise au renouvellement décennal (art. 2154 Code civil) (1).

Les mentions marginales doivent pareillement être renouvelées tous les dix ans puisqu'elles tiennent lieu d'inscription. Toutefois l'existence de la mention étant subordonnée à celle de l'inscription, si celle-ci est périmée, la mention n'a plus de valeur. Aussi le subrogé doit-il veiller au renouvellement de l'inscription, et il peut le requérir. Dans ce cas, l'inscription nouvelle, bien que formalisée au nom de la femme, n'existera que dans l'intérêt exclusif du subrogé qui l'aura fait renouveler.

Les inscriptions et mentions de subrogation sont-elles régies par l'article 2151 Code civil, d'après lequel les inscriptions d'hypothèque ne conservent que deux années d'intérêts et l'année courante ? L'hypothèque légale étant dispensée d'inscription n'est pas soumise à cette restriction. Mais *quid* si elle est cédée à un tiers qui la fait inscrire ? Il semble alors que l'article 2151 reprend son empire. Mais la solution de cette question est très contestée.

II. — Nous avons vu par quels modes la publicité s'opère. Il nous reste à parler des effets qu'elle produit.

Le premier effet est de rendre la cession opposable aux

1. Il n'existe qu'une exception à cette règle : c'est celle qui résulte de l'article 47 du décret du 28 février 1852 sur les Sociétés de Crédit foncier : « Les inscriptions hypothécaires prises au profit des Sociétés de Crédit foncier sont dispensées, pendant toute la durée du prêt, du renouvellement décennal prescrit par l'article 2154 du Code civil. »

tiers. « La subrogation, dit l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, doit être faite par acte authentique et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription.... » Ainsi, entre les parties, la convention est valable sans inscription ; la femme ne peut se prévaloir du défaut de publicité. L'authenticité suffit à la protéger. Elle n'ignore pas, alors même qu'elle n'a pas été rendue publique, la subrogation intervenue. Il va de soi qu'il faut en dire autant de ses héritiers ou ayant-cause à titre universel.

Quels sont donc les tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de publicité ?

D'une façon générale, on appelle tiers toute personne qui n'a pas été partie à un acte déterminé. Mais dans la loi de 1855, ce mot a pris un sens spécial qu'indiquent les articles 3 et 7. Les tiers, ce sont ceux qui ont des droits réels sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant à la loi. Il est naturel que l'article 9 ait pris le même mot dans le même sens.

Donc, les créanciers chirographaires de la femme ne peuvent se prévaloir du défaut de publicité : ils ne sont pas des tiers dans le sens donné à ce mot par la loi de 1855. Ne le peuvent pas davantage : les créanciers chirographaires du mari qui n'ont aucun droit réel sur l'immeuble grevé, et même ses créanciers hypothécaires postérieurs tant que dure le mariage. Quel intérêt auraient-ils, en effet, à écarter les subrogés puisqu'à leur défaut, la femme

se présenterait à l'ordre pour invoquer son droit de préférence, lequel est précisément dispensé de publicité (1) ?

Les tiers qui peuvent opposer le défaut de publicité sont donc les seuls créanciers ou acquéreurs qui, par cession ou renonciation, ont obtenu et régulièrement conservé des droits sur l'hypothèque de la femme. En un mot, ce sont les subrogés qui, s'étant conformés aux principes de publicité, peuvent invoquer l'absence d'inscription ou de mention de la part des autres cessionnaires négligents.

L'inscription ou la mention, suivant le cas, fixe le rang de collocation des subrogés. C'est là le second effet de la publicité donnée à la subrogation. Entre plusieurs subrogés, la préférence appartient à celui qui, le premier, a pris inscription, lors même que sa subrogation ne serait pas la première en date. Cela n'est vrai toutefois que des cessions totales de l'hypothèque ou des cessions successives de la même portion de l'hypothèque. Si, au contraire, la femme avait cédé son hypothèque en tant qu'elle garantit la reprise d'un propre aliéné au cours du mariage, tout en se réservant l'hypothèque de sa dot qu'elle aurait transmise plus tard, quand bien même la subrogation première en date serait aussi la première rendue publique, elle vien-

1. Il en serait autrement après la dissolution du mariage. Si la femme laisse passer le délai d'un an sans prendre inscription (loi du 23 mars 1855, article 8), l'hypothèque perd son effet rétroactif et ne prend date qu'à compter du jour de son inscription. Le subrogé qui veut se prévaloir de son droit à l'encontre des créanciers hypothécaires du mari postérieurs en date doit donc, si la femme le néglige, faire inscrire la subrogation dans le délai d'un an, sous peine d'être primé par les créanciers hypothécaires du mari postérieurs en date.

drait toujours après la cession de l'hypothèque de la dot parce que les hypothèques qui ont été cédées n'ont pas la même date (art. 2135, 2° Code civil). De même encore la femme peut avoir consenti plusieurs subrogations successives à l'hypothèque garantissant une créance. En pareil cas, tous les subrogés sont égaux, quelle que soit la date de leur subrogation. Les subrogés concourront entre eux sans qu'il y ait à tenir compte de la priorité d'inscription.

L'acte de subrogation peut aussi stipuler un droit de préférence en faveur soit de la femme, soit du subrogé. Entre la femme et lui, la convention s'exécutera sans qu'il soit besoin de publicité. Mais supposons que la femme, après s'être réservé la priorité lors d'une première subrogation, en consente une seconde pour le surplus de son hypothèque, le second subrogé primera le premier, comme l'aurait fait la femme. En ce cas, l'ordre de collocation des subrogés ne correspondra pas à leur ordre d'inscription. Ce résultat est toutefois conforme, sinon à la lettre, du moins à l'esprit de l'article 9 de la loi de 1855. En effet, le premier subrogé était prévenu que la femme, ou un subrogé à sa place, devait passer avant lui ; il ne subit donc aucun préjudice imprévu.

Lorsque deux ou plusieurs subrogés ont accompli le même jour les formalités de publicité prescrites, qu'arrivera-t-il ? On s'accorde généralement à décider qu'ils doivent venir en concours. On s'appuie sur un argument d'analogie tiré de l'article 2147 du Code civil ainsi conçu : « Tous les créanciers inscrits le même jour exercent

en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur. »

Ces deux effets de la publicité étudiés, nous n'avons plus qu'à passer en revue quelques questions accessoires.

— La publicité utile s'il y a plusieurs subrogés, est-elle également utile s'il n'y a qu'un seul subrogé ? — Cela ne nous paraît pas douteux, D'abord le cessionnaire primitif peut toujours craindre que la femme ne consente une cession ultérieure. Il sera donc prudent en se conformant aux prescriptions de l'article 9. En outre, en admettant même qu'aucune cession ultérieure n'intervienne, le cessionnaire ne négligerait pas impunément ces prescriptions. En effet, le mari peut vendre ses immeubles ; les acquéreurs pourraient donc remplir les formalités de la purge sans avoir à faire aucune notification au cessionnaire qui demeure inconnu pour eux, et ils ne s'en trouveraient pas moins à l'abri de toute prétention de sa part. En outre, si la femme voulait donner mainlevée d'une inscription en marge de laquelle figure une mention de subrogation, le conservateur refuserait la radiation sans le concours du subrogé. Il y consentirait, en cas d'absence de mention.

— A qui profite la publicité donnée à la subrogation ? — Il est naturel qu'elle profite au subrogé qui la requiert. Mais peut-elle profiter à d'autres personnes ? — Pour la mention, il n'est pas douteux qu'elle n'existe que dans l'intérêt de celui qui l'a prise. Elle n'est d'aucune influence sur l'existence des droits de la femme. Accessoire de l'ins-

cription antérieure, elle s'évanouit avec elle; mais, en aucun cas, elle n'est utile à d'autre qu'au subrogé.

La question présente plus de difficultés pour l'inscription. Lorsque le subrogé a dû faire inscrire l'hypothèque légale, cette inscription profite-t-elle à la femme? L'embaras n'existe pas si, dans la subrogation, il a été donné mandat exprès au subrogé d'inscrire l'hypothèque légale au nom de la femme. De même, si le subrogé est créancier personnel de la femme et s'il agit en cette qualité. Dans tous ces cas, l'inscription prise profite à la subrogeante. Mais la difficulté reste entière pour le cas où le subrogé n'est ni mandataire ni créancier de la femme.

Certains arrêts ont décidé que l'inscription prise par le subrogé en son nom profite à la femme (1). « Peu importe, dit la Cour d'Amiens (2), dans quel but elle l'a été, que ce soit dans la vue d'être utile à la femme ou dans celle d'être utile à l'inscrivant. » La femme qui consent une subrogation à son hypothèque est réputée autoriser le subrogé à faire tout ce qui est nécessaire pour la validité de cet acte. C'est un mandat implicite qu'elle donne.

Nous ne saurions admettre ce système. L'inscription n'est requise par le subrogé que pour profiter à lui seul. Si l'on voulait voir en lui un mandataire, il faudrait certainement reconnaître qu'il est soumis à l'article 1992 Code civil; s'il avait négligé de prendre l'inscription, il devrait

1. Orléans, 4 août 1859. Toulouse, 30 décembre 1859. Cassation, 2 juin 1858.

2. Amiens, 31 mars 1857.

être déclaré responsable de sa négligence. Or, personne n'admettra cette conséquence. Il est libre d'inscrire ou de ne pas inscrire l'hypothèque légale.

En résumé donc, l'inscription prise par le subrogé ne peut être invoquée par la femme, et c'est ce qu'a admis la Cour de cassation par un arrêt du 21 juillet 1863. Il en résulte que l'inscription du subrogé ne dispense pas la femme de s'inscrire pendant le mariage en cas de purge ou de saisie des immeubles du mari. Il en résulte encore que la femme ne sera pas, par suite de l'inscription du subrogé, à l'abri des déchéances prononcées par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855. Enfin, le subrogé peut seul, et sans le secours de la femme, donner mainlevée de l'inscription. Il s'exposerait toutefois s'il n'a pas été payé par le mari, et si plus tard il actionnait la femme, à ce que celle-ci se prévâlût du bénéfice de l'article 2037 Code civil.

— Quels actes sont soumis à la publicité prescrite par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 ? Ce sont tous les actes par lesquels la femme transporte ses garanties hypothécaires à un tiers.

Cela n'est pas douteux pour les subrogations, cessions d'hypothèque, cessions d'antériorité et même renonciations transmissives, mais la controverse s'est élevée sur le point de savoir s'il fallait y soumettre les renonciations simplement extinctives.

Quelques auteurs l'ont soutenu, sous prétexte que l'article 9 de la loi de 1855 parle des renonciations sans distinguer. Nous croyons cependant que l'esprit de cet article,

sinon son texte, est contraire à cette opinion. Il semble bien n'exiger la publicité qu'en cas de transmission de l'hypothèque. Donc, toutes les fois qu'il y a extinction et non transfert, la publicité n'est pas exigée.

D'ailleurs, ainsi que le fait observer M. Bufnoir, en note d'un arrêt déjà cité (1), « l'acheteur d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale est un tiers autorisé, par le texte même de l'article 9, à méconnaître toute cession de cette hypothèque non publiée avant la transcription de son titre d'acquisition. En se plaçant à ce point de vue, on peut dire que la question, sur laquelle on a tant discuté, ne se présente même pas. Il ne saurait être question de conflit entre la renonciation faite au profit de l'acquéreur et une subrogation consentie à un autre, quand le subrogé n'a pas donné à son droit la publicité prescrite avant la transcription de l'acte qui a investi l'acquéreur de la propriété.

Pour ce dernier, toute inscription de l'hypothèque légale au profit d'un tiers subrogé est inopérante et dépourvue de toute efficacité. S'il demeure encore exposé à l'éventualité d'une inscription valable de l'hypothèque légale, ce ne peut être désormais qu'au profit de la femme, ou d'une personne invoquant les droits de la femme, exposé par conséquent à toutes les exceptions et renonciations qu'on pourrait opposer à celle-ci. Quant aux tiers subrogés qui prétendraient exercer l'hypothèque de la femme *proprio nomine*, le système de la loi de 1855 ramène à cette idée

1. Arrêt de cassation du 22 novembre 1880, Sirey.

que l'hypothèque légale, en tant qu'ils en sont investis, a été soumise à la publicité du droit commun, et l'article 9 ne fait que leur appliquer à ce point de vue la règle générale écrite dans l'article 6. Ce point de vue une fois admis, la question de savoir si la publicité prescrite par l'article 9 est exigée en cas de renonciation purement extinctive de l'hypothèque de la femme consentie à un acquéreur se trouve tranchée dans le sens de la négative ou plutôt elle disparaît pratiquement.

Ne serait-il pas, d'ailleurs, étrange que l'acquéreur eût à faire inscrire une hypothèque réputée inexistante à son égard? Une pareille obligation ne pourrait que l'exposer à des dangers. Elle nécessite d'abord des frais. En outre, en cas d'oubli du renouvellement décennal, elle compromet sa sécurité.

Quant à prétendre, comme on l'a fait, que le défaut d'inscription de la part de l'acquéreur serait de nature à induire en erreur les tiers qui accepteraient une subrogation, c'est un argument qui nous semble devoir être repoussé. Ainsi que le disait M. de Casabianca dans son rapport au Sénat du 20 juin 1862 sur la question qui nous occupe, l'inscription hypothécaire suppose toujours une créance qu'elle a pour but de conserver. Mais, lorsque l'hypothèque légale a été éteinte par la renonciation de la femme et que cette renonciation a été rendue publique par la transcription du contrat authentique où elle a été stipulée, le nouveau propriétaire est libre ; il n'a aucune formalité à remplir. On ne saurait l'astreindre à inscrire une hypothèque qui n'existe plus. La femme qui, après sa renon-

ciation, transférerait à un tiers des droits qu'elle a perdus commettrait une fraude qui ne profiterait pas au cessionnaire. Ce dernier, avant d'accepter la cession, devait s'assurer au bureau de la conservation des hypothèques si l'immeuble aliéné par le mari n'était pas exonéré de toute charge hypothécaire. Il y aurait trouvé la preuve que la femme avait abdiqué elle-même ses anciens droits. Il n'aurait donc pas contracté avec elle à moins de vouloir participer à la fraude. L'action qu'il intenterait aurait une cause illicite et serait affectée d'une nullité absolue.

Avant de savoir si les immeubles sont libres d'hypothèque, le prêteur prudent doit d'abord s'assurer s'ils appartiennent au débiteur. Il est donc naturel qu'il consulte, outre le registre des inscriptions, celui des transcriptions.

Ces conclusions doivent nous servir de guide dans la solution d'une autre question également controversée.

Des auteurs ont soutenu que lorsque la renonciation était faite au profit d'un acquéreur d'un immeuble du mari la transcription de l'acte de vente donnait toujours une publicité suffisante à la renonciation.

Assurément, ce système serait exact si les renonciations de ce genre étaient extinctives. Mais il n'en est pas ainsi, nous l'avons déjà montré. Dès lors ce système n'a plus de base et il doit être repoussé toute les fois que pareille renonciation a un caractère transmissif (1).

1. En ce sens. Cassation, 29 août 1866.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. — La fille de famille est incapable de s'obliger.
- II. — La femme ne peut renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velléen que dans les cas exceptionnels.
- III. — Un acte d'aliénation consenti par la femme dans l'intérêt d'un tiers ne constitue pas une intercession prohibée.
- IV. — La femme ne peut renoncer à son rang d'hypothèque au profit d'un tiers.
- V. — Si la femme paie sans invoquer le sénatus-consulte Velléen, l'erreur de droit est pour elle une cause suffisante de répétition.
- VI. — Le paiement fait par la femme à la suite d'une obligation contractée au mépris du sénatus-consulte Velléen est translatif de propriété.
- VII. — La prohibition d'hypothéquer le fonds dotal ne vient pas de la loi *Julia*.

DROIT FRANÇAIS

- I. — L'hypothèque est un droit réel immobilier.

- II. — La subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée est la cession de cette hypothèque indépendamment de la créance qu'elle garantit.
- III. — Le mandat donné par la femme à un tiers de la représenter à l'acte de subrogation doit être authentique.
- IV. — La femme séparée de biens ne peut sans autorisation subroger à son hypothèque légale.
- V. — La subrogation s'évanouit lorsque la femme n'a plus de reprises à exercer.
- VI. — La clause d'aliénabilité des immeubles dotaux contenue dans le contrat n'entraîne pas faculté pour la femme de subroger à son hypothèque légale.
- VII. — L'authenticité de l'acte de subrogation est exigée dans l'intérêt de la femme.
- VIII. — Les renonciations extinctives ne sont soumises ni à l'authenticité, ni à la publicité.
- IX. — La constitution de dot est un contrat à titre onéreux tant à l'égard du mari qu'à l'égard de la femme.
- X. — L'article 883 du Code civil est inapplicable aux créances.
- XI. — La femme ne peut stipuler dans son contrat de mariage qu'elle sera incapable de s'obliger pour son mari.

DROIT CRIMINEL

- I. — La situation de l'interdit légal diffère de celle de l'interdit judiciaire.
- II. — Le défenseur a le droit d'indiquer au jury la peine qui menace l'accusé.

DROIT INTERNATIONAL

- I. — Le tribunal français, requis de rendre exécutoire le jugement d'un tribunal étranger, doit réviser le fond même de ce jugement.
- II. — Le navire en pleine mer est considéré comme une portion territoriale de l'État auquel il se rattache.

HISTOIRE DU DROIT

- I. — Le caractère de l'établissement des Francs en Gaule n'est pas uniforme.

Vu par le Président de la thèse,
COLMET DE SANTERRE.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

Imprimerie A. DERENNE, Mayenne. -- Paris, boulevard Saint-Michel, 52.